



Facultad de Derecho

Maestría de Investigación en Derecho con Mención en Derecho Constitucional, Derechos
Humanos y Ambiental

Tema:

La validez de la norma jurídica en Rodolfo Vigo

**Tesis para la obtención del Título de Magíster de Investigación en Derecho con
Mención en Derecho Constitucional, Derechos Humanos y Ambiental**

Presentada por:

Ricardo Iván López Chila

Tutor:

PhD. Ana Isabel Moscoso Freire

Quito, diciembre de 2021

RESUMEN

La presente investigación enfoca su interés en la validez de la norma jurídica. Este término es reconocido por la atención que tiene en la filosofía del derecho, por cuanto no tiene una conceptualización aceptada universalmente. En un principio, Hans Kelsen mediante la *Teoría Pura del Derecho* contribuye en gran magnitud a la introducción de la validez de la norma jurídica como un tema relevante; no obstante, a pesar de que Kelsen desarrolla el tema dentro de su teoría, esta resulta incompleta y propensa a críticas por parte de sus discípulos. En tal sentido, ante la falta de un término desarrollado afuera de la esfera del formalismo legal y la concepción descriptiva que propone Kelsen, se considero pertinente revisar otra postura que revise otros enfoques, en especial la racionalidad. Por lo tanto, el autor en cuestión que se analiza en la presente investigación es Rodolfo Vigo. Rodolfo Vigo apela a un concepto sobre la validez de la norma jurídica que mantiene su orientación en la justificación racional, lo cual se respalda mediante la introducción de ideas que provienen del realismo jurídico clásico y el neoconstitucionalismo no positivista. Al analizar la teoría propuesta por Rodolfo Vigo se obtienen diez exigencias racionales que permiten el reconocimiento de la validez jurídica de una norma y las irracionalidades que provocan la invalidez de la norma jurídica. Sin embargo, el estudiar a profundidad la postura que mantiene Rodolfo Vigo en el tema de la validez no significa que se puede tomar como verdad absoluta todo lo propuesto por el autor. En tal sentido, la presente investigación también realiza críticas sobre el trabajo propuesto por Rodolfo Vigo, en especial al atender el tema de la exigencia racional intencional y axiológica. Por último, es relevante analizar el tema de la validez de la norma jurídica en la realidad, es decir, como se desarrolla el tema dentro de Ecuador y si las exigencias racionales propuestas por Rodolfo Vigo son aplicables al análisis de las normas ecuatorianas.

Palabras Claves: *Validez, Justificación Racional, Realismo Jurídico Clásico, Neoconstitucionalismo, Exigencias Racionales.*

ABSTRACT

The present investigation focuses its interest in the validity of the norm. This particular term is recognized for the attention it gets in the field of law philosophy, because it does not have a conceptualization that its accepted universally. At first, Hans Kelsen develops an introduction for the validity of the norm as a relevant topic by writing about it in his book “*Teoría Pura del Derecho*”; nevertheless, even though Kelsen develops the topic in his theory, it results in an incomplete work and its propense to critics. On the same topic, in the absence of a term that is develop outside of the formalism sphere and descriptive conception that Kelsen proposes, it was considered that is important to analyze the topic of validity of the norm by another approach, in other words the rationality. Thus, the author in question that this investigation decides to analyze his work is Rodolfo Vigo. Rodolfo Vigo appeals to a concept of validity of the norm that maintains its main focus on the rational justification, which is supported by the introduction of new ideas that come from the classic legal realism and the non-positivist neoconstitutionalism. Moreover, by analyzing the theory propose by Rodolfo Vigo, we can obtain ten rational requirements that allows the recognition of validity in a norm, and the irrationalities that can produce the invalidity of that norm. Despite that, studying the stance that Rodolfo Vigo has in the topic of validity, does not mean that what he proposes is an absolute truth. Moreover, the present investigation also elaborates critics about the work that Rodolfo Vigo has propose, especially when the topic of rational intentionality and axiology arrives. Finally, it’s also relevant to analyze the topic in question by how it develops on practice, which means how it performs in Ecuador, and if the rational requirements are applicable to Ecuadorian norms.

Key Words: *Validity, Rational Justification, Classic Legal Realism, Neoconstitutionalism, Rational Requirements.*

DECLARACIÓN DE ACEPTACIÓN DE NORMA ÉTICA Y DERECHOS

El presente documento se ciñe a las normas éticas y reglamentarias de la Universidad de Los Hemisferios. Así, declaro que lo contenido en este ha sido redactado con entera sujeción al respeto de los derechos de autor, citando adecuadamente las fuentes. Por tal motivo, autorizo a la Biblioteca a que haga pública su disponibilidad para lectura dentro de la institución, a la vez que autorizo el uso comercial de mi obra a la Universidad de Los Hemisferios, siempre y cuando se me reconozca el cuarenta por ciento (40%) de los beneficios económicos resultantes de esta explotación.

Además, me comprometo a hacer constar, por todos los medios de publicación, difusión y distribución, que mi obra fue producida en el ámbito académico de la Universidad de Los Hemisferios.

De comprobarse que no cumplí con las estipulaciones éticas, incurriendo en caso de plagio, me someto a las determinaciones que la propia Universidad plantee.

Ricardo López
C.I. 1722305511

DEDICATORIA

Dedico este proyecto de tesis a mis padres y hermanos.

Ricardo López

ÍNDICE

RESUMEN	2
ABSTRACT	3
DEDICATORIA.....	5
Introducción.....	8
CAPÍTULO I.....	11
1.1 Concepto de validez según Hans Kelsen.....	11
1.2 Principales discípulos de Hans Kelsen	14
CAPÍTULO II.....	20
2.1 Concepto de validez de la norma jurídica por Rodolfo Vigo	20
2.1.1 Quién es Rodolfo Vigo y su idea sobre el concepto de validez de la norma jurídica.....	21
2.2 Requisitos de la validez de la norma jurídica según Rodolfo Vigo	23
CAPÍTULO III	30
3.1 Pensamiento crítico de Rodolfo Vigo.....	30
3.1.1 El diálogo teórico naturalista de Rodolfo Vigo y su acercamiento al neoconstitucionalismo.	30
3.1.2 El realismo jurídico clásico y el neoconstitucionalismo como respaldo a la validez de la norma jurídica.	36
Realismo Jurídico Clásico	36
Neoconstitucionalismo	37

Teoría de la argumentación jurídica considerada por Rodolfo Vigo.....	39
3.2 Contexto sobre el pensamiento de Rodolfo Vigo sobre el concepto de validez de la norma jurídica entorno a la <i>rule of law</i>	40
3.3 La tendencia naturalista de Rodolfo Vigo y su análisis de la validez jurídica bajo el diálogo de tendencias actuales.....	41
CAPÍTULO IV	42
4.1 Análisis y críticas de la teoría de Rodolfo Vigo.....	42
4.2 Análisis de la validez de la norma jurídica en Ecuador.....	50
CAPÍTULO V	55
5.1 Marco Metodológico.	55
CAPÍTULO VI.....	55
6.1 Recomendaciones	55
6.2 Conclusiones.....	57
Referencias Bibliográficas.....	59

TESIS

“La validez de la norma jurídica en Rodolfo Vigo”

Autor: Ricardo López Chila

Correo electrónico: ricardo.ivan.lopz@gmail.com

INTRODUCCIÓN

No existe un concepto de validez jurídica de la norma que sea aceptado con suficiente autoridad. De hecho, depende de la postura filosófica sobre el derecho. La obscuridad de esta noción no solamente se justifica por la ambigüedad del lenguaje, sino que puede ser atribuida a diversos factores¹.

En consecuencia, no existe una base lo suficientemente estable para poder establecer un concepto de validez jurídica que sea irrefutable en el derecho. No obstante, una de las teorías principales que dan luces al concepto de validez dentro del derecho es el que propone Hans Kelsen, en la Teoría Pura del Derecho. Al revisar la teoría de Kelsen, la idea central del concepto de validez jurídica tiene relación con una visión positivista. Es decir, Kelsen sostiene que una norma se considera válida si ha sido creada bajo reglas determinadas y métodos específicos, de tal forma que relega la posibilidad de aludir a la razón al considerar el tema de validez.

Sin embargo, no solamente con la simple revisión de la validez en la teoría de Kelsen, sino también bajo el análisis de la crítica de varios discípulos que han sido inspirados por su teoría, se puede percibir que su teoría es incompleta. El problema jurídico que encontramos en la concepción de la validez según la teoría de Kelsen es que él sostiene que la validez de la norma jurídica equivale a la existencia específica de la misma. Por otra parte, Kelsen, se dedicó solo a formular el cómo y por quién debe ser creada la norma jurídica para que sea considerada válida, pero no se interesó en desarrollar si era necesario considerar la racionalidad de la norma al momento de evaluar

¹ Según Peña (1999), además de tener problemas con la ambigüedad y vaguedad que provienen del lenguaje, se adentra a cuestiones ontológicas y epistemológicas, lo cual ha generado la creación de varios planteamientos que se contradicen entre sí, sin conciliar ideas viables a la solución de este problema.

su validez. En este sentido, la justificación de la validez del derecho de Kelsen y sus seguidores es incompleta, porque dejaría abierta la puerta a la existencia de normas irracionales.

Hay que admitir que la teoría de Kelsen sirve como base para entender el concepto de validez, y que la evolución de este concepto ha variado con las ideologías de varios filósofos. Sin embargo, el propósito de esta tesis es demostrar que la propuesta de validez de la norma jurídica de Hans Kelsen es incompleta, y que el planteamiento de Rodolfo Luis Vigo corrige ese error al formular que la validez de la norma no se reduce en corroborar las formas de la creación de la norma jurídica; sino que ésta debe ser justificada racionalmente.

El trabajo del Profesor Vigo tiene una característica que -según mi parecer- es de gran interés: toma como punto de partida la propuesta de los iusnaturalistas, pero con la disposición de entrar en diálogo e incorporar postulados del neoconstitucionalismo. Así, aporta su propio concepto de validez de la norma jurídica, que expone en su obra “*Un concepto de validez jurídica funcional al rule of law*” (Vigo, 2014).

Según su concepción de validez jurídica y su interés en el *rule of law*, encontramos la idea de base: la validez jurídica de la norma, tal como habitualmente se la conceptualiza, es de carácter más normativo que descriptivo. Por tanto, hace falta buscar una justificación racional de tal concepto.

Un sólido respaldo de esta idea se encuentra en el realismo jurídico clásico y especialmente en el neoconstitucionalismo no positivista. La cuestión es la siguiente: ¿Cuándo se puede afirmar que nos encontramos frente a una norma jurídica válida?

Vigo somete esta pregunta a exigencias racionales. En concreto, bajo una racionalidad ponderativa se debe prever el cumplimiento de diez exigencias o requisitos para considerar una norma como jurídicamente válida.

Estas exigencias son las siguientes: orgánica, procedimental, sistémica, lógica-lingüística, teleológica, científica, sociológica, axiológica, fáctica e intencional. Asimismo, se le suma una exigencia ponderativa.

Es importante destacar que la presente tesis no considera irrefutable la investigación realizada por Rodolfo Vigo. En un principio, el análisis va enfocado al trasfondo de la investigación realizada por nuestro autor y su posición sobre la validez

jurídica de la norma desde la perspectiva que acogió durante su tiempo como autoridad judicial.

La influencia en su labor como profesor de filosofía y su gran historial de trabajo en el área judicial, demuestran que la aportación del concepto de validez jurídica de la norma que defiende pretende que la norma no solamente debe ajustarse a una norma superior, sino que tiene que mantener utilidad vinculándola a la moral y la labor del juez.

En efecto, el concepto de validez jurídica de la norma hace referencia a la moralidad y el papel que desempeñan los jueces y legisladores. No obstante, el análisis realizado en esta tesis también prevé temas polémicos que se considera que Vigo no alcanza a aclarar, los cuales pueden ser delimitados en dos temas: la justificación axiológica y la racionalidad intencional.

Sin lugar a dudas, existen varios puntos relevantes, sin embargo, en cuanto a los requisitos propuestos por Rodolfo Vigo para determinar la validez jurídica de la norma, el mejor acercamiento sobre su utilidad puede ser visto en su aplicación.

En consecuencia, se considera pertinente aplicarlos en la Ley Orgánica de Comunicación, para analizar su funcionamiento en la práctica. Como resultado, mantenemos que no solamente las leyes ecuatorianas no gozan de validez, sino que no todos los requisitos son aplicables² para realizar un análisis de una ley.

Además, se desprende de este análisis que la validez jurídica de la norma no solamente es atendida desde la función legislativa, sino que también depende de la función judicial, por el hecho de que los jueces también mantienen la labor de declarar la constitucionalidad de las leyes.

En tal virtud, con esta investigación se pretende llegar a la conclusión de que una norma se considera válida jurídicamente cuando esta ha sido justificada racionalmente, sin embargo, esta aseveración engloba varios factores. Es este caso, se seguiría manteniendo el análisis enfocado en la investigación realizada por Rodolfo Vigo, de la cual se presentarán argumentos analizando los requisitos sugeridos por este autor, que han sido ya enumerados, para determinar la validez de una norma.

La presentación de estos argumentos no implica necesariamente su aceptación completa, por lo que en el presente trabajo incluyo críticas que considero pertinentes. En

² Requisito de racionalidad intencional.

esta tarea crítica, considero que hay que tener en cuenta que invalidar una norma puede generar más daño que mantenerla: esto depende de que los requisitos que invalidan la norma no mantengan un margen que genere dudas.

Este tipo de análisis también implica comprender el contexto de donde Vigo se desarrolla, lo cual nos lleva a advertir que el aporte principal que pretende mi trabajo es dar a conocer las bases de la generación de un concepto de validez de la norma jurídica que se enfoca en la justificación racional bajo lo que conocemos como *the rule of law*.

CAPÍTULO I

1.1 Concepto de validez según Hans Kelsen

En relación al concepto de validez, es preciso aclarar que algunos autores han tratado de dilucidar su significado, entre estos Kelsen.

Para entender el acercamiento de Kelsen al concepto de validez jurídica, en primer lugar, es necesario recurrir a su teoría del Derecho. Ahora bien, su teoría jurídica positivista entiende al derecho como un sistema de normas que regula el comportamiento del ser humano en la sociedad. Esta concepción kelseniana sobre el orden jurídico como sistema considera al derecho, no como una única norma, sino como un conjunto de normas, y este conjunto de normas construye un sistema en el cual todas ellas tienen como fundamento en común la validez.

Además, esta teoría expone que la serie de normas que están integradas en el ordenamiento jurídico no constituyen un conjunto yuxtapuesto o coordinado entre sí; en realidad estas normas mantienen un orden de grados y niveles (jerarquía). En tal sentido, la relación entre estas normas basada en niveles regula su propia creación, de lo cual deriva su validez. Por lo tanto, una norma se considerará válida cuando haya seguido las regulaciones establecidas para su constitución, las cuales están determinadas en la ley.

En resumen, Kelsen afirma que “el derecho consiste en una pluralidad de normas que forman un sistema, es decir, un conjunto de normas generales e individuales distribuidas en niveles subordinados unos a otros, en cuanto que toda norma de un determinado nivel deriva su validez de otra norma” (Delgado, 2012, pág. 194). De lo expuesto podemos colegir que Kelsen sustenta su teoría bajo la función del derecho positivo, pues sus consideraciones se limitan en un carácter esencial a la creación de una

teoría del derecho pura³. Por tanto, al atender el concepto de validez jurídica, Kelsen, no mira a profundidad el contenido de aquella norma porque, según él, “es válida si ha sido creada de una manera particular, es decir, según reglas determinadas y de acuerdo con un método específico. El único derecho válido es el derecho positivo, el que ha sido puesto.” (Kelsen, 2009, pág. 112).

Kelsen fallece el 19 de abril de 1973, sin alcanzar a publicar en vida un trabajo que estaba desarrollando, el cual sería publicado seis años después de su muerte, Se trata de su Teoría General de las Normas (*Allgemeine Theorie der Normen*). El traductor de la obra al castellano, Miguel Angel Rodilla, resalta en la presentación del libro que: “la obra obedece a que en realidad estamos ante un texto en curso de elaboración, un borrador que su autor no había dejado listo para la imprenta “; en líneas posteriores Miguel Angel Rodilla, nos dice que. “se sabe muy poco sobre las circunstancias en que se gestó el manuscrito. Los editores (esto es el Instituto Hans Kelsen),⁴ informaron que Kelsen estaba trabajando en él en los últimos años de su vida. Pues bien, lo más llamativo es que, leyendo la obra en la parte que se ha centrado la presente investigación, vemos que el

³ Según Javier Esquivel Pérez, filósofo y crítico de problemas jurídicos en filosofía y ética del área de derecho, menciona que Kelsen ocupó varios libros en varias disciplinas del derecho y en muchas ocasiones enfatizada su proximidad con el positivismo (Esquivel, 2011, pág. 15). A su vez, Pablo Navarro, abogado enfocado en la metodología de las ciencias normativas, las propiedades formales de los sistemas normativos y la eficacia del derecho, menciona el proyecto central que mantenía Kelsen para esquemáticamente trabajar y presentar la Teoría Pura del Derecho, se centraba en establecer la existencia de normas como un fenómeno ideal y que las normas son exigencias válidas; y afirma que Kelsen ve a la validez como la forma específica de la existencia de una norma (Navarro, 2016, pág. 57).

⁴ Cuando Hans Kelsen, fallece, su legado literario fue confiando por sus herederos al señor Rudolf A. Métall, de Ginebra, discípulo y amigo del difunto; al mismo tiempo se dispuso que tras su muerte los escritos fueran entregados al *Hans-Kelsen-Institut*, para su custodia y gestión. Al principio nadie quería tomar la decisión de publicar la presente obra, es por esto, que la decisión recayó finalmente en el *Hans-Kelsen-Institut*, el cual, luego de un examen y comprobación de que el manuscrito había alcanzado un grado de elaboración que permitiera publicarlo como obra; los órganos del Instituto-Gerencia, Directiva y Consejo- decidieron la publicación y encomendaron a la Gerencia del Instituto la edición de la Teoría General de las Normas (*Allgemeine Theorie der Normen*). (Kelsen, Teoría General de las Normas , 2018, pág. Primera carilla de la Introducción)

autor sostuvo hasta el final de sus días lo siguiente: “Cuando se dice que una norma es válida quiere decirse que una norma existe. Validez es la existencia específica de la norma” (Kelsen, 2018). Dentro del mencionado texto Kelsen declara que para determinar la validez de una norma bastaría con que la norma inferior concuerde con la superior para fundamentar su validez.

No cabe duda de que la teoría desarrollada por Kelsen es positivista y normativista, no obstante, algunas consideraciones dentro de esta teoría parecerían ser insostenibles. En el desarrollo de esa teoría, se puede analizar la validez de dos posiciones: la validez como *pertinencia* y la validez como *obligatoriedad*.

Al analizar la validez como *pertinencia*, no es sencillo reconocer que es lo que Kelsen entiende como validez: la afirmación de que la norma pertenece a un ordenamiento jurídico es una forma descriptiva de interpretar el concepto de validez, y genera un concepto relativo en relación a una norma, y un sistema de normas. Pero, encontramos un problema: una norma podría pertenecer solo a un sistema y no a dos, y podría ser pertinente en ese sistema, pero no en otro.

En cuanto a la validez como *obligatoriedad*, de la teoría que genera Kelsen, también se desprende la conexión ente la norma y su obligatoriedad; la fuerza obligatoria que existe en una norma es claramente un concepto normativo.

Cabe mencionar que puede existir confusión entre los conceptos de *obligatoriedad* y *pertinencia* al ser utilizados dentro del término de validez, lo cual genera grandes problemas en cuanto a la interpretación que existe en los textos kelsenianos.

La idea de la validez como *obligatoriedad* es criticada por autores como Ross, quien afirma que una teoría positivista no puede utilizar el concepto referido de validez y la fuerza obligatoria, pues al hacerlo llega a transgredir límites de la ciencia jurídica no valorativa; es decir, se convertiría en una doctrina que se asimila al derecho natural. Pues la afirmación de que las normas tienen fuerza obligatoria es vacua, pues se entiende como un deber ser, un deber jurídico, un deber moral (Ross, 2014, pág. 18 y 19). Esto demuestra que existen iusfilósofos que consideran la noción de validez como fuerza obligatoria de Kelsen como un desarrollo incompatible con su teoría positivista.

Así pues, el concepto de validez desarrollado por Kelsen termina siendo ambiguo, pues carece de referencia de la racionalidad como condición de validez de una norma, asunto

que constituye evidentemente una carencia de peso ⁵, pues la racionalidad es condición básica de cualquier norma u ordenamiento jurídico.

Sin embargo, y a pesar de las críticas a la teoría de Kelsen, ésta se siguió desarrollando, y algunos de sus discípulos la han asumido plenamente, como veremos enseguida.

1.2 Principales discípulos de Hans Kelsen

Las teorías de Hans Kelsen han inspirado a muchos iusfilósofos a estudiar sus trabajos y realizar análisis críticos en el afán de poder aportar a sus propuestas.

Uno de los principales discípulos de Kelsen es Alf Ross; él es un filósofo del derecho danés, que representa al realismo jurídico, quien mantiene sus teorías y debates enfocados en una vista realista y sociológica. Alf Ross tiene dos iusfilósofos que fueron sus influencias más formidables Alez Hägerström y Hans Kelsen, como ha admitido en varios escritos⁶.

Alf Ross pertenece a una escuela empísta de la filosofía del derecho, que se ubica como una clasificación de las escuelas iuspositivistas. Al revisar los trabajos de Alf Ross, es posible ver las conexiones que tiene entre el realismo jurídico y el pensamiento angloamericano. Esta diversidad de influencias ha permitido que Ross se convierta en representante de la escuela realista escandinava. Ahora bien, la teoría que Alf Ross propone es una tesis empirista que obliga a someter su conocimiento a la observación y verificación de la ciencia empírica moderna, “Y, desde el punto de vista analítico, a exigir que los conceptos jurídicos sean interpretados y entendidos como modos de comprender la realidad social y el comportamiento del hombre en la sociedad.” (Castro, 1987, pág. 287).

Ahora bien, ¿cuál es la postura de Alf Ross sobre la validez? Para Ross, el derecho es un sistema de normas y su validez se deriva de los principios de justicia. Ross defiende

⁵ Según Carlos Pérez, para Kelsen una norma es jurídicamente válida solo cuando ha sido elaborada conforme a lo previsto por una norma jurídica superior (Perez, 2018, pág. 65).

⁶ Aparece en obras como *Theorie de Rechtsquellen. Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage domänas- toricher Untersuchungen*, publicada en Copenhague en 1929

en un principio que “La validez de una norma en este sentido significa su existencia efectiva o realidad, por oposición a una regla meramente imaginada o a un mero proyecto.” (Ross, *El Concepto de Validez y Otros Ensayos*, 2006, pág. 23). Este concepto de validez tiene una función externa, que implica en afirmar una regla. En otra de sus obras afirma:

Desde que ni la realidad ni la validez pueden ser eliminadas del concepto de derecho, la dialéctica sólo puede ser superada mostrando que realidad y validez -debidamente interpretadas- no son categorías irreductibles que se excluyen mutuamente... El principio de disolución, por tanto, a través de toda la teoría jurídica, consiste en introducir en lugar de la validez en el sentido de una categoría radicalmente discrepante de la realidad las vivencias de validez (en el sentido de ciertas actitudes de conducta reales) ...» (Ross, 1961).

Ross no pretende negar que existen otras nociones de validez, sino que su meta es interpretarlas como racionalizaciones de experiencias e incluirlas de cierto modo en los hechos. Por esta razón es que Ross trata de conducir la noción de validez para que pueda ser defendida al margen de la realidad de los hechos.

Ross claramente tiene inclinación a un punto de vista realista, y al tratar de explicar los conceptos fundamentales del derecho no está interesado en revelar trasfondos y explicaciones que recaen en lo impracticable, por eso elimina los residuos metafísicos. En definitiva, la postura que mantiene Ross sobre la validez se acerca más al realismo, y él considera que solamente desde esta posición se eliminarían las contradicciones que puedan ser analizadas y de esta forma trata de presentar una definición al concepto de validez el derecho.

Continuando con los discípulos de Kelsen y su aporte al concepto de validez, encontramos a Roberto Vernengo. Este iusfilósofo, fue el traductor de la segunda versión de la Teoría Pura del Derecho al idioma español, basa sus investigaciones en la naturaleza del conocimiento jurídico y la cultura del relativismo. Fue profesor de derecho en la Universidad Autónoma Metropolitana de México e investigador principal de CONICET. Sus trabajos demuestran gran afinidad con una visión analítica sobre la moral y la ética, además de tener presente la lógica y la razón como factores importantes dentro del

derecho. Asimismo, también encontramos que tuvo inspiración en Kelsen, tanto así que una de sus obras está dirigida a la *Teoría general de las normas de Hans Kelsen*.

Vernengo reconoce que la teoría general del derecho ha sido fuente de opiniones durante varias décadas y que algunas de estas opiniones se enfocan en el discurso lógico. Sin embargo, él defiende que la ciencia del derecho no sería aceptable si no satisface un mínimo de logicidad, lo cual extiende la tesis a la revisión de las normas positivas, pues estas deberán estar sujetas a condiciones formales de consistencia y deducibilidad, rechazando de tal forma el irracionalismo normativo. Lo cual le permite adentrarse al tema de validez,

Vernengo considera que el término de validez es empleado en varios sentidos, tiene una pluralidad de significados y puede ser desarrollado de diversas formas. Según su criterio, la afirmación de que una norma es válida o no, tiene relevancia en el sentido para quien se plantea esta duda. Incluso hace mención a que una norma válida a los ojos de un jurista puede llegar a ser una que ni siquiera forme parte del ordenamiento jurídico, o en otro caso “para algunos positivistas, una norma puede ser válida, en cuanto reconocida como integrante de un orden jurídico histórico, sin que ello constituya razón suficiente para su aplicación obligatoria” (Vernengo, 2021, pág. 15). En el mismo sentido, Vernengo, a pesar de ser influenciado en gran parte por Kelsen y reconocer que sus obras inspiran varias teorías de otros filósofos, él se inclinó por criticar la noción de validez que Kelsen propone, debatiendo que existen distinciones que han sido ignoradas por Kelsen y que solamente se puede recurrir a la noción de validez dada por Kelsen como una *prima facie* descriptiva, pues él cree que la obra de Kelsen es tardía al exponer que se puede disponer de un concepto unívoco de validez. Según Vernengo, Kelsen nunca reduce la noción de validez a términos empíricos, y si se considera que:

«Validez» es una propiedad normativa y no es (y, en consecuencia, eliminable) a un conjunto de propiedades empíricas del objeto ni tampoco a un conjunto de propiedades semánticas atribuidas a los enunciados que la ciencia jurídica formula sobre ese objeto (las normas). Pero entonces, el status de las características semánticas del discurso jurídico se hace especialmente opaco (Vernengo, 2021, pág. 16).

Vernengo, pone de ejemplo que, en ciertos casos, la validez si puede ser convencionalmente redefinida o también existen otros filósofos que otorgan un

significado que puede ser reducido a nociones semánticas tradicionales. De tal forma que encontramos en los estudios de Roberto Vernengo una crítica hacia el trabajo de Kelsen y su carencia de desarrollo en el término de validez, ya que solo puede ser considerado como un punto de partida para desarrollar el verdadero significado de validez.

Otro iusfilósofo que se pretende revisar en esta investigación es Ulises Schmill, quien también se inspiró en el positivista Hans Kelsen. Ulises Schmill tiene un recorrido académico como profesor en áreas de ética, teoría del derecho y filosofía del derecho. Además, tiene gran reconocimiento como uno de los expertos más grandes sobre la teoría positivista del filósofo Hans Kelsen. Sus experiencias profesionales y académicas demuestran su afinidad como un partidario de Kelsen.

Schmill, ha realizado obras enfocadas en Kelsen y su trabajo, como por ejemplo *Las aportaciones teóricas de la teoría pura del derecho*, en la cual reconoce la importancia de abordar el estudio del derecho desde los trabajos de Kelsen.

En cuanto al concepto de validez de las normas, él declara que “fue enfatizándose fuertemente en Kelsen una concepción que pudiera calificarse de «pragmática», mejor que «expresiva» que es la palabra que utilizan los autores argentinos Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, y que algunos consideran la etapa irracional en el desarrollo de su teoría, lo cual no es correcto.” (Schmill, 2010, pág. 28).

Schmill comprende que la tesis de Kelsen sobre la norma fue cada vez más positiva que hasta llegó a negar la existencia de las normas no positivas, considerando que no eran normas establecidas por actos de voluntad de los seres humanos. En este sentido Ulises Schmill defiende que la validez de las normas no solo depende de relaciones lógicas entre las normas, sino también de hechos históricos que mantienen un sentido subjetivo, pues “el contenido de diversas normas puede, en un plano puramente abstracto, estar en contradicción mutua, pero esto no determina la validez o invalidez de esas normas, como sí determinan la verdad o falsedad de los enunciados o juicios.” (Schmill, 2010). De esta forma, Ulises Schmill otorga una aportación a la definición dada por Kelsen sin tratar de negarla.

Por otra parte, Miguel Ángel Rodilla, sin ser considerado discípulo de Kelsen, pero que ha analizado con bastante rigor académico la teoría de la validez de Hans Kelsen. En su artículo “Dinamismo y coactividad sobre una incongruencia en la Teoría Pura del

Derecho”⁷ (Rodilla, 2005, pág. 195), parte sobre la concepción kelseniana y la interpretación sobre la incompatibilidad de la caracterización del derecho que realiza Kelsen, con un sistema normativo dinámico.

Miguel Ángel Rodilla reconoce que “para Kelsen la relación entre normas que es relevante como relación sistemática es la relación de validación: lo que confiere unidad sistemática a un conjunto de normas es el hecho de tener un fundamento de validez.” (Rodilla, 2005, pág. 185).

El concepto que tiene Kelsen sobre un sistema normativo se encuentra ampliamente vinculado con el sistema de validez. Reconocemos que para Kelsen, cuando se dice que una norma tiene validez, es igual a decir que una norma existe y genera efectos. En tal sentido, la validez de una norma reside en otra, y el fundamento de esta norma solamente podrá residir en otra, y así sucesivamente; por lo tanto, si se retrocede de norma en norma, eventualmente se llega a una norma final. En esta norma final es donde descansa la validez del resto del ordenamiento jurídico y es a la que Kelsen la llama como norma fundamental (*Grundnorm*). Esta norma no sigue los lineamientos de validez del resto, pues carece de fundamento dentro del sistema, por no ser una norma validada, mantiene el deber de proporcionar unidad y pertinencia dentro del sistema.

Este tipo sistema normativo puede ser representado por una cadena de validez, que representa la existencia de cada norma en un sistema dinámico, con excepción de la norma fundamental. En tal sentido, Rodilla expresa que esta norma fundamental propuesta por Kelsen es una clase de bóveda dentro el sistema de lo normativo, pues difiere totalmente de las otras normas. En efecto esta norma fundamental no se entiende como una norma positiva, no es una norma que pertenezca a la regresión en la cadena de validez, pues no puede basarse en otra norma y su validez es supuesta. “La norma fundamental representa una norma límite y supone un límite a la positividad del derecho. Que un sistema de normas positivas tenga su fundamento en una norma no positiva puede resultar sorprendente, pero, una vez que se acepta los presupuestos kelsenianos, es inevitable” (Rodilla, 2005, pág. 195). Con el pasar del tiempo, Kelsen varia esta caracterización que en un principio le otorgó a la norma fundamental y pasa de ser una suposición a ser una ficción. Sin embargo, sigue manteniendo el perfil de no tener los

⁷ Dinamismo y coactividad sobre una incogruencia en la teoría pura del derecho

mismos parámetros para su validez. Alexy, menciona que esta norma fundamental es un presupuesto necesario (Alexy, Begriff und Geltung des Rechts, 1992). En tal sentido, Miguel Ángel Rodilla llega a la conclusión de que, si se quiere realizar una interpretación del derecho y la validez de la norma, se tiene que presuponer la validez de la norma fundamental.

En síntesis, de la revisión realizada a varios iusfilósofos que estudian a Kelsen y son inspirados por él mismo, está presente la idea de que no todos comparten el mismo pensamiento. Es decir, los mismos autores, aún siendo positivistas, sostienen que el planteamiento de Kelsen sobre la validez es incompleto y confuso. Es por esta razón que su teoría fue objeto de muchas críticas, que no fueron resueltas por Kelsen.

Por lo tanto, se puede inferir que Kelsen y sus seguidores no se interesaron en desarrollar si era necesario considerar la racionalidad de la norma al momento de evaluar la validez. En este sentido, la justificación de la validez del derecho de Kelsen y sus seguidores es incompleta porque dejaría abierta la puerta a la existencia de normas irracionales.

Así pues, se justifica la conveniencia de analizar el concepto de validez mediante el trabajo de un autor actual, que se enfoca en la justificación racional del concepto de validez. Y éste es precisamente el aporte de Rodolfo Luis Vigo⁸, autor argentino que expone sus ideas sobre la validez jurídica, mediante la siguiente investigación: *Un concepto de validez jurídica funcional al rule of law*⁹, en esta investigación, expone ciertos aspectos de la Teoría Pura del Derecho y presenta la validez de la norma jurídica como un tema que precisa atención.

⁸ Rodolfo Luis Vigo, Nació en 1946 el 26 de marzo en Argentina; reconocido Abogado y Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales, y Licenciado en Ciencias Políticas. Fue profesor en: UNL, UCA, y la Universidad Austral. En 1998 obtuvo el Premio Konex y en el año 2008 Jurado Premios Konex. Fue designado en 2006 como secretario ejecutivo de la Comisión Iberoamericana de ética Judicial por la Cumbre Judicial Iberoamericana. Publicó: *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*. Rodolfo Vigo, empezó siendo profesor de filosofía del derecho, en la universidad de Santa Fe; posteriormente, terminó participando como ministro de la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe durante 19 años, y además fue presidente de la Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de las Provincias Argentinas.

⁹ Rodolfo Vigo, *Un concepto de validez jurídica funcional al rule of law*, ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO Año XX, Bogotá, 2014, PP. 701-726, ISSN 2346-0849.

No obstante, como fue interpretado *ut supra*, este tema siempre que es atendido termina simplemente en un abordaje descriptivo, para lo cual Rodolfo Vigo decide tomar otra ruta. En este sentido, se inclina a abordar el tema de la validez de la norma jurídica por medio del sustento del iusnaturalismo o realismo clásico y el neoconstitucionalismo no positivista, tratando de abarcar el tema desde un campo diferente, previendo que no solamente puede aportar elementos desde el iusnaturalismo, sino que también desde el neoconstitucionalismo.

Además, Vigo, mantiene una perspectiva diferente del tema y aborda el tema no solamente desde una visión que analiza teorías, sino que también se adentra en la práctica, en razón a su experiencia como autoridad judicial.

CAPÍTULO II

2.1 Concepto de validez de la norma jurídica por Rodolfo Vigo

El autor pretende aproximarse a un concepto normativo de validez jurídica, en el cual apoya su justificación y lo respalda mediante el realismo jurídico clásico¹⁰ y también la revisión al neoconstitucionalismo no positivista¹¹; lo que lleva a una conceptualización de validez jurídica al ámbito funcional clásico “*rule of law*”.

En el presente trabajo de investigación, pretendo analizar la tesis formulada por Rodolfo Vigo¹², quien propone un acercamiento respaldado en el realismo jurídico clásico y el neoconstitucionalismo no positivista, del cual reconoce la importancia de la razón práctica. Lleva a cabo así una relación entre la validez de la norma jurídica y la argumentación jurídica, pues mediante esta correlación nos adentramos a un concepto de validez jurídica que no solamente utiliza la razón, sino que exige a los operadores de

¹⁰ Este término lo define brevemente Vigo en su libro las “Las Causas del Derecho”, y dice que su nombre deriva de considerar al derecho como algo exterior, como la *ipsa res iusta* (Vigo, 2010, pág.24).

¹¹ Este término es utilizado por Rodolfo Vigo en referencia a los juristas que defienden la tesis que indica que debe existir una conexión entre la validez jurídica y la moral (Vigo, 2016, pág. 230).

¹² El acercamiento del concepto de validez jurídica bajo un sentido normativo apoyado en el neoconstitucionalismo no positivista, bajo la satisfacción de la exigencias racionales.

justicia a utilizar la lógica y justificación al momento de la creación de normas u aplicación de las mismas.

A su vez, Rodolfo Vigo propone requisitos de la justificación racional de la norma, para determinar las exigencias racionales que justifiquen la existencia de una norma en el ordenamiento jurídico, y su validez. En tal sentido, Rodolfo Vigo, realiza su investigación proponiendo un concepto de validez de la norma jurídica que es funcional al *rule of law*.

2.1.1 Quién es Rodolfo Vigo y su idea sobre el concepto de validez de la norma jurídica

Vigo reconoce que el tema de validez empieza a adquirir importancia con Kelsen, pues asignamos la idea de validez específicamente a una norma positiva; además, la herencia iuspositivista permitió que este término haya sido incorporado en sentido teórico y práctico. (Vigo, 2014, pág. 703).

A su vez, Vigo alude a lo que determina Alexy que los tres elementos que propios del concepto de derecho¹³, mantienen correlación con tres conceptos de validez: sociológico, ético y jurídico (Alexy, Filosofía del Derecho, 1997, pág. 87). No obstante, estos conceptos solamente ayudan a corroborar la idea de que el término validez de la norma jurídica ha ido evolucionando y que para proyectar una conceptualización de validez de la norma en el derecho vigente, necesitamos abordar el análisis también desde una postura filosófica.

Vigo, en el afán de llegar a un concepto de validez, se remite a la justificación de la norma y reconoce que es importante el apego a la filosofía tradicional, y continúa con la línea de Nino. Según Carlos Nino (1985), al enunciar la validez de una norma que reposa en un sistema jurídico, se está afirmando que hay una fuerza vinculante, esto quiere decir que si se llegase a desconocer la validez jurídica, esto sería lo mismo que negar la existencia de la misma; por lo tanto, el significado de validez no debería ser descriptivo, sino que tendría que llevar un acercamiento normativo, es decir, que para asegurar la validez jurídica de una norma esta tendría que ser estudiada, tanto en su aplicación como

¹³ Estos son: eficacia social, la corrección material y la legalidad del ordenamiento.

en su observancia, para tener una justificación adecuada (p.8). Vigo concuerda con esta distinción que realiza Carlos Santiago Nino. Al mismo tiempo, hay que admitir que esta noción de validez también se relaciona con lo que pensaba Kelsen, en cuanto a su definición de validez como equivalente a la existencia.

En efecto, Kelsen proponía un pensamiento donde la validez jurídica se reduce a la existencia específica de la norma y que es un acto que se convierte en un sentido objetivo para el derecho¹⁴. No obstante, la revisión de este hilo de ideas conexas se atenderá posteriormente en la investigación. Es decir, Rodolfo Vigo, “apela a un concepto normativo de la validez jurídica, identificado con su justificación racional, y en su respaldo se acude al realismo jurídico clásico y al neoconstitucionalismo” (pág. 701).

Por consiguiente, se puede afirmar que la característica que Rodolfo Vigo acoge de la validez jurídica es *funcional*, lo que se conoce como *rule of law*, la cual alude a la razón o la ley; por ende, implica que para satisfacer la validez, se tienen que satisfacer exigencias racionales. La definición que propone Rodolfo Vigo, se basa en la obligatoriedad que debe tener la norma en un campo de racionalidad, la cual exige práctica y argumentación.

Una vez que precisamos que Vigo atiende una conceptualización más normativa, no solamente atendiendo el sentido descriptivo, pasamos a explorar diferentes ámbitos de aplicación, pues el hecho de afirmar que para que exista validez jurídica se tendría que verificar una norma observándola en su aplicación, implica que esta afirmación debería tener algún tipo de respaldo. De tal forma, el autor afirma que el mejor acercamiento para sustentar esta idea, es el respaldo teórico del realismo jurídico clásico y el neoconstitucionalismo.

¹⁴ La teoría de Hans Kelsen, implica un antecedente para este tipo de pensamiento, pues la validez de la norma es revisada en varias obras que tuvo el filósofo, en especial una de sus obras más reconocidas “*La Teoría Pura del Derecho*” segunda edición publicada en 1960, en la cual determina que la validez de las normas consiste en la obligatoriedad de estas. Por esta razón se implica que da un inicio al pensamiento que tiene Carlos Nino, el cual es apoyado por Rodolfo Vigo, puesto que es un hilo de ideas que se desarrollan en el tiempo y cada autor pretende agregar un enfoque nuevo manteniendo ciertas ideas. No obstante, cabe recalcar que Kelsen, tenía un concepto que motivaba a la obligatoriedad, empero de este pensamiento también motivaba a interpretaciones contradictorias respecto a la naturaleza de la validez según la teoría Kelseniana, es decir no todos los autores se encuentran de acuerdo con esta teoría.

2.2 Requisitos de la validez de la norma jurídica según Rodolfo Vigo

Rodolfo Vigo prevé la justificación de la norma, en razón de que está inserta a la norma dentro del Derecho, siempre que cuente con la racionalidad y la suficiente justificación que la respalden. En este punto, concuerda con el pensamiento de Walter Brugger, quien mantiene que la validez no existe meramente por cuestiones de hecho, sino que debe aludir a una existencia justificada (pág. 523). En consecuencia, Rodolfo Vigo considera que, para llegar a la validez jurídica, se tiene que cumplir con una serie de requisitos los cuales demostrarán la justificación de la norma; estos requisitos pueden llegar a considerarse como un test de racionalidad.

El primer requisito es la *racionalidad orgánica*, es decir, que una norma será considerada como racional cuando haya sido dictada por el órgano competente. Este requisito implica una visión de la idea del Derecho creado con relación a las conductas de las personas, por el hecho de que las reglas y medidas son creadas para poner un orden que es necesario. En tal sentido, quien debe ser el responsable de consignar cuál tiene que ser el orden social, son las diferentes autoridades siempre y cuando estén bajo su competencia; estos órganos competentes tienen el deber de dictar normas de cualquier carácter¹⁵. Esto quiere decir que cualquier órgano no puede dictar la regla que crea necesaria, sin tener en cuenta elementos relevantes para su aplicación, es decir debe tomar en consideración cómo afecta a los destinatarios, o el espacio, la jerarquía, la materia, etc...¹⁶.

Vigo, también prevé una situación que puede considerarse como un problema en relación a este requisito, esto es, la duda de si una costumbre puede tener fuerza para abolir una ley. En cierto sentido esta forma de pensar, puede ser justificada por el hecho de que el consentimiento viene del pueblo, quien tiene el poder, y el pueblo entrega este poder a quien los represente; por ende, si el consentimiento del pueblo puede ser expresado por una costumbre, se justificaría la abolición de una ley por la prevalencia de

¹⁵ Al mencionar que estas reglas pueden ser de cualquier carácter, Rodolfo Vigo hace referencia a aquellas normas de carácter general o individual. Asimismo, esto se puede relacionar a normas que lleguen a definir los deberes y derechos que tienen los individuos en la sociedad.

¹⁶ Según Rodolfo Vigo, esto crea una situación en donde el individuo carece de información coherente para conocer que debe hacer o que está prohibido hacer.

la costumbre. Empero, si se racionaliza este caso de otra forma, Rodolfo Vigo, llega a la conclusión de que no cabe en la lógica pedirle a una persona que cumpla la orden cuando se carece de competencia.

El segundo requisito es la *racionalidad procedimental*: este requisito implica que la validez de una norma se da siempre que haya sido creada bajo un proceso racional. Rodolfo Vigo, para un mejor entendimiento de este requisito, hace referencia a Alexy, quien resalta la importancia de la racionalidad. Para que la norma llegue a la validez tendrá que ser creada bajo un proceso que practique un discurso práctico racional (Alexy, 1996, pág. 19). Este discurso práctico racional mantiene 28 reglas que dan por sentado la racionalidad dentro de un diálogo.

En tal razón, Rodolfo Vigo, llega al resultado de que, en este requisito, la razón es necesaria para que la norma sea válida, puesto que la razón práctica como la conocemos no solamente utiliza definiciones, sino que también hace uso de métodos y procedimientos¹⁷. En definitiva, se mantiene la idea que el derecho, siendo resultado del uso de la razón, no puede ser establecido sin un sistema de reglas, pues este camino que es construido por la razón nos llevará a una vía justificada para rechazarlo o aceptarlo.

El tercer requisito es la *racionalidad sistémica*, “en tercer lugar, el destino de la norma es integrarse junto a otras normas, de manera que se componga un ordenamiento o sistema jurídico” (Vigo, 2014, pág. 713). A pesar de que esta idea de la racionalidad sistemática pueda parecer nuevo, Rodolfo Vigo reconoce que su antecedente puede ser la obra de Savigny sobre el derecho romano actual.

Sin embargo, también reconoce los aportes actuales, especialmente los de Joseph Raz, Neil MacCormick y Carlos Alchourrón¹⁸, bajo el sistema desarrollado por estos. Este sistema propone la necesidad de que el derecho junte las condiciones de unidad, jerarquía, coherencia y completitud. De esta manera se garantiza que las normas del derecho sean racionales y no remitan a valores o fines contradictorios.

Es evidente que aparecen contradicciones en las conductas humanas, lo cual puede generar contradicción frente a las normas, por lo que una solución que se propone es la

¹⁷ Rodolfo Vigo propuso crear una concordancia con la teoría de Finnis, pues considera que la razón práctica debe ser vinculada a nueve exigencias que prevé Finnis.

¹⁸ Desarrollaron un sistema que permite guiar a las personas racionalmente con cuidado en no amedrentar el sistema jurídico.

presentación de criterios diversos, orientados a la jerarquía, la especialidad, la competencia, la solución racional y la coherencia. Rodolfo Vigo, menciona que los dilemas interpretativos crean la necesidad de recurrir a la argumentación sistemática, y tener presente principalmente la coherencia racional en el derecho.

El cuarto requisito tiene presente la *racionalidad lógica lingüística*, la cual indica que se debe reclamar a la norma una comprensión efectiva. Rodolfo Vigo considera que este requisito es relevante, en razón de que no existe racionalidad en que se pretenda que un destinatario cumpla con una norma que no comprende. Este requisito nos regresa a la revisión de reglas básicas de la lógica y del lenguaje, puesto que la manera en que el mensaje normativo sea formulado, implica una coherencia y una fórmula a seguir para evitar de errores y lograr la plena comprensión por parte del destinatario.

El lenguaje es el instrumento que tenemos para transmitir ideas, por lo que interesa que el sentido sea claro, que no exista espacio para que algo pueda ser malinterpretado. Sin embargo, el uso del lenguaje presenta problemas, por ejemplo, la vaguedad y la ambigüedad. A su vez, también depende del uso de las expresiones y definiciones que se utilicen al redactar.

Para la comprensión de una norma, se precisa del discurso de racionalidad y la revisión del lenguaje. En función de esta necesidad Vigo, remite a las reglas alexyanas sobre el discurso, que discuten sobre la ausencia de contradicción y la claridad lingüística. También hace mención de los elementos constitutivos de la norma según Von Wright. Aquellos elementos son 1) carácter: obligación, permiso, prohibición. 2) contenido: prohibido, mandado o permitido. 3) condición de aplicación. 4) sujeto destinatario. 5) ocasión espacial y temporal (Wright, 2007, págs. 85-106). Cualquier alteración a los elementos constitutivos mencionados equivaldrían a un impacto de gran magnitud sobre la norma, lo cual conllevaría indiscutiblemente a su incompreensión, y por consiguiente a su invalidez. Continuando con el requisito cuarto, Rodolfo Vigo también menciona que el requisito de que la Ley sea expresada de forma clara, puede llevar a otra definición en el caso de ser acogida desde otro autor. Al respecto, acude a Tomás de Aquino, quien hace referencia a que también hay que tener en cuenta que la promulgación es uno de los requisitos esenciales para que la ley sea válida, puesto que de esta forma la ley adquiere una fuerza obligatoria y puede llegar a regular la conducta. Este pensamiento gira entorno a la idea de que no hay forma de conocer si la norma es comprensible si ésta no ha sido

promulgada. Vigo lo explica de la siguiente forma “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” (Vigo, 2014, pág. 715). Una ley se considera irracional cuando fracasa en la comprensión, es decir, en el acto de la comunicación.

El quinto requisito es conocido como *racionalidad teleológica*. Según Rodolfo Vigo, este requisito implica que para que una norma tenga racionalidad, el fin tiene que ser avalado por el derecho. Además, implica que la aplicación de dicha norma sea idónea para alcanzar el fin que esta se propone. Al plantear el requisito de la racionalidad teleológica, se comprende que las normas son creadas con alguna finalidad. Estas normas pretenden que se lleve a cabo una conducta en específico, para que de esta forma pueda cumplirse un objetivo. No obstante, cabe mencionar que, si no existe una conexión ente el medio y el fin, este requisito no será cumplido y la norma terminará siendo irracional. “Es un principio metafísico que el fin tiene razón de principio y, por ende, la actividad comienza racionalmente cuando se procura alcanzar un cierto objetivo” (Vigo, Un concepto de validez jurídica funcional al rule of law, 2014, pág. 716), lo que pretende aclarar Rodolfo Vigo, con esta premisa, es que, si no existe finalidad, no puede haber sentido y consecuentemente esto afecta de forma directa a la racionalidad.

El sexto requisito es la *racionalidad científica*. Rodolfo Vigo explica que la ley no puede basarse en hechos falsos, puesto tiene que fundarse en verdades evidentes, es decir, aquellas que la ciencia da por ciertas.

Vigo hace referencia a Kelsen, cuando éste menciona que la norma que prescribiera algo que necesariamente sucederá por las leyes de la naturaleza, es tan insensata como una norma que prescribiera según la ley natural algo que de ninguna manera puede producirse (Vigo, 2014, pág. 717). Por otra parte, en este requisito también entra en discusión la justificación, por el hecho de que las premisas que son utilizadas en la práctica racional tienen que ser argumentadas, por lo cual se comprende que, bajo un razonamiento jurídico, está la necesidad de justificar todos los enunciados recurriendo a las ciencias. Esta justificación sobrepasa los antecedentes, pues no solamente puede sostenerse de verdades que han sido demostradas en un pasado, sino que funciona bajo la racionalidad de normas que no contradicen verdades demostradas. En tal virtud, Rodolfo

Vigo, comprende que un discurso basado en la racionalidad, pretende justificar sus argumentos, bajo verdades demostradas por la ciencia.

El séptimo requisito indica la *racionalidad sociológica*. Según Rodolfo Vigo “la exigencia de que la ley guarde relación con el *ethos* de la sociedad a la que regula.” (Vigo, Un concepto de validez jurídica funcional al *rule of law*, 2014, pág. 717). Al hacer referencia a la racionalidad sociológica, para explicar sus comienzos, Rodolfo Vigo, hace referencia a lo señalado por Tomás de Aquino, principalmente en el sentido que advierte que las leyes se deben conformar a las costumbres, porque caso contrario no se puede obtener la idea de buen ciudadano y puede debilitar a la autoridad. Por lo que posteriormente aparece lo que se conoce como validez social, la cual se maneja bajo dos criterios, uno la obediencia y el otro la aplicación de una sanción¹⁹. Esto implica que las leyes tienen que ser creadas conforme a las costumbres de los países, a pesar de que la ley prevalezca sobre la costumbre. Por lo tanto, este requisito indica que tiene que existir coherencia entre el mandato legal y la realidad en sentido social que refleja el país. Lo que se procura es la eficacia, pues no se pueden imponer normas con base a costumbres culturales que se convierten en impracticables. En tal razón, al aludir a la eficacia social, se refiere al aporte sociológico que las costumbres pueden dar al derecho.

El octavo requisito versa sobre la *racionalidad axiológica*, por tanto, este requisito está relacionado con el contenido de la ley y el valor que tiene, es decir que, según Vigo, se debe crear armonía entre las leyes y el sentido de moral o justicia. Este tipo de requisito ha sido una constante dentro del realismo jurídico clásico, pues siempre ha sido defendida como parte del derecho que respete la moral sobre las conductas de la sociedad. Dado que esta corriente tiene la justicia como pilar y el bien común como finalidad.

Rodolfo Vigo, vuelve a referirse a Robert Alexy dentro del tema de la validez, en virtud de que, bajo este afán de desarrollarse en el realismo jurídico clásico, se prevé en la actualidad que no se puede demandar una entrega perfecta de normas que representen una perfecta armonía entre el derecho y la moral. No obstante, parece importante recalcar que solamente en los casos en que se perciba injusticia extrema, de tal forma que no puede ser tolerada bajo ningún parámetro, estas normas perderán en todo sentido la validez que

¹⁹ Quien indica la noción de validez social es Robert Alexy, que referencia a los dos criterios de obediencia y sanción, en cuanto a la sanción se aplica en los casos de desobediencia.

podieron llegar a tener (Alexy, 2006, pág. 75). Por otra parte, que la creación del derecho siempre ha querido llegar a la justicia, lo cual indudablemente se entrelaza con la moral.

La validez puede ser destacada de varias formas, sin embargo, al tratar el requisito de validez según la racionalidad axiológica, Rodolfo Vigo considera oportuno mencionar lo que concluye Manuel Atienza: lo que le otorga sentido al Derecho es la búsqueda de la justicia, o, en otras palabras, la lucha contra la injusticia (Atienza, 2011, pág. 312). En tal razón, el deber que se tiene de buscar constantemente las mejores opciones para desarrollar un sistema en el Derecho para alcanzar la justicia, es la justificación que se debe mantener para encontrar una norma válida.

Como noveno requisito, Rodolfo Vigo menciona *la racionalidad fáctica*: “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” (Vigo, Un concepto de validez jurídica funcional al rule of law, 2014, pág. 719). El cumplimiento de este requisito no recae simplemente en la disciplina que los receptores deban tener, sino que implica una justa formulación, para que de esta forma se puedan dar todas las facultades de practicar la norma sin ningún problema. Es decir que, una norma que implique impedimentos para su cumplimiento no podrá ser catalogada como válida y será catalogada como absurda. Las leyes nunca podrán exigir algo que sea imposible de cumplir, en caso de ser así, se consideraría un fracaso en la creación del derecho.

El décimo requisito es la *racionalidad intencional*. Al proponer este requisito, Vigo, intenta proteger la justificación racional de la norma, en el sentido de exigir al legislador que su intención quede ajustada a las pretensiones fijadas por la moral y el comportamiento. Según Vigo, no siempre es fácil cumplir con este requisito porque hay normas que, aunque no demuestran visibles cuestionamientos, pueden llegar a tener una intención deshonesto o inmoral por parte del autor. De hecho, se considera que cualquier autoridad que explique las oportunidades que tiene, podría presentar un razonamiento viciado, pues su objetivo final nunca ha sido llegar al bien común o el beneficio de la comunidad, sino que su finalidad se inclina hacia un interés personal.

Rodolfo Vigo, sale al paso de esta circunstancia que puede presentar la realidad, acudiendo a la filosofía jurídica para afirmar que la voluntad de cumplir lleva atada una intención; por tanto, esta intención tiene que cumplir con un juicio de razón práctica

prudencial. De tal forma que es la prudencia una de las verdaderas condiciones que permiten juzgar el actuar del autor, pues si se actúa con prudencia se puede percibir la rectitud y el orden; en las palabras de Ramírez, es imposible realizar lo correcto si no se lo hace bajo prudencia (Ramírez, 1978, pág. 46).

Sin embargo, hace falta tener en cuenta que, en un discurso dialógico, se prevé la responsabilidad de un diálogo racional, donde se debe cumplir con cuatro pretensiones para que se puede llegar a la validez, los cuales son *veracidad*, *corrección*, *inteligibilidad* y *verdad* (Vigo, Un concepto de validez jurídica funcional al *rule of law*, 2014, pág. 720): estas condiciones pertenecen a la dimensión moral.

Si se diera el caso de una norma que mantiene una intención oculta y deshonesta, esto anula totalmente su validez. Sin embargo, el problema es que no se puede impedir que se dicte nuevamente la norma. El único modo en que Rodolfo Vigo, pretende que se impida este problema es apelar a los órganos competentes para que mantengan hábitos que se ajusten a la moral.

El último requisito alude a la *racionalidad prudencial*, también denominada racionalidad *ponderativa*. Según lo explica Rodolfo Vigo, este requisito se refiere al órgano que deba encargarse de analizar la validez de una norma: al realizar este análisis le corresponde concretar la decisión con prudencia y un nivel de racionalidad y justificación. “De ese modo, en el análisis de la validez de la norma jurídica corresponde incluir el momento decisivo en el que esta se juzga, en tanto ese es el campo de la racionalidad práctica (prudencial o ponderativa)” (Vigo, 2014, pág. 721). Dentro de este pensamiento, Rodolfo Vigo afirma que existe el riesgo de que por un simple pronunciamiento la validez de una norma pueda caer en la irracionalidad; por tanto, es preciso que la prudencia sea uno de los factores que influya constantemente en esta decisión.

Al establecer estos requisitos, Rodolfo Vigo pretende que las normas, dentro de un ordenamiento jurídico, se encuentren justificadas bajo los preceptos de racionalidad. Puesto a que estas exigencias racionales se comprenden como un test que somete a la norma a cumplirlos para que sean consideradas válidas.

No obstante, es importante mencionar que en ningún momento Rodolfo Vigo pretende que el cumplimiento de estas exigencias deba ser taxativo. Más bien, se prevé que el uso de la razón y la lógica son las bases para la validez de la norma y que estas

exigencias deben ser observadas por las autoridades que elaboran la Ley y por las que tienen la competencia de una vez promulgada la norma pueden declarar su invalidez.

CAPÍTULO III

3.1 Pensamiento crítico de Rodolfo Vigo.

Puesto que Rodolfo Vigo, reconoce que el concepto de la validez de la norma jurídica es altamente ambiguo, el autor emprende un estudio tratando de comprender un nuevo concepto que se base en la aportación de varias posturas. Es decir, que, a pesar de tener un enfoque donde el iusnaturalismo se destaca, no teme realizar aportaciones de otro tipo de escuelas para llegar a obtener una definición de validez de la norma jurídica y la determinación de los requisitos que entran en consideración para determinar si una norma es válida o no. Una de las principales escuelas que toma en cuenta es el neoconstitucionalismo. Es decir, no solamente se afinca y propone su teoría desde el Iusnaturalismo o Realismo Clásico, como le gusta usar más al autor estudiado, sino que introduce elementos de las posturas jurídicas ya mencionadas, para poder generar un concepto más completo sobre la validez de la norma jurídica.

3.1.1 El diálogo teórico naturalista de Rodolfo Vigo y su acercamiento al neoconstitucionalismo.

En otras palabras, y con el afán de generar un concepto de validez de la norma jurídica, podemos observar que Rodolfo Vigo no se mantiene apegado a una postura meramente iusnaturalista, sino que decide respaldar su aporte manteniendo un diálogo con escuelas diferentes, en especial el neoconstitucionalismo.

Antes de explicar cómo el neoconstitucionalismo y el iusnaturalismo aportan a la creación del concepto de validez jurídica de Vigo y los requisitos que fueron expuestos

para que una norma sea considerada válida, parece oportuno exponer estas dos posturas y aclarar las diferencias entre las mismas según lo estudiado por nuestro autor²⁰.

Dentro de la corriente filosófica del iusnaturalismo se encuentran diversas perspectivas. Vigo, pretende encontrar una armonía entre las aportaciones de diversos pensadores iusnaturalistas.

Dentro de la corriente filosófica del iusnaturalismo se encuentran diversas perspectivas. Vigo, pretende encontrar una armonía entre las aportaciones de diversos pensadores iusnaturalistas y otros pensadores como él los denomina no-positivistas, como por ejemplo, Vigo, manifiesta que las más clásicas versiones iusnaturalistas pueden coincidir con las modernas iusfilosóficas no-positivistas como la teoría que afirma que el “derecho no está constituido solo por lo que así se ha dispuesto por la sociedad o por sus autoridades, sino que hay ‘algo’ jurídico cognoscible que vale como tal, aunque no se lo haya reconocido o dispuesto socialmente.” (Vigo, 2016, pág. 6). Teniendo en cuenta que el iusnaturalismo es un término que abarca la teoría jurídica de la noción del derecho natural y relaciona los conceptos de la moral y la ética, parte de la existencia de que los derechos son propios de la naturaleza humana y por ende intrínsecos a ésta.

En otras palabras, el iusnaturalismo afirma que existen derechos que, aunque no sean reconocidos socialmente, existen por ser propios al ser humano y por eso se encuentran establecidos dentro de cualquier orden social. Es así como estos derechos mantienen el orden, mientras que se ajustan a la ética y moral. Asimismo, sostiene que las leyes positivas que normalmente rigen a un Estado, se encuentran relacionadas con el derecho natural, puesto que buscan el orden de la existencia humana.

Dentro del panorama actual, el iusnaturalismo²¹ contiene características que pueden ser clasificadas en *sustanciales* y *formales*. En lo formal simplemente se limita a

²⁰ Rodolfo Vigo, en varias obras demuestra que no es necesario apearse a una simple postura filosófica para poder llegar a una conclusión, sino que normalmente investiga y proporciona nuevas ideas mediante el diálogo con diferentes posturas. Esto es demostrado en investigaciones de este autor como “Iusnaturalismo y Neoconstitucionalismo coincidencias y diferencias”, “Fuentes del Derecho” e “Interpretación Jurídica en el Estado de Derecho Constitucional”.

²¹ También reconocido como “realismo jurídico clásico”, en razón de que la clave de esta escuela es el interés de reconocer *la ipsa res iusta*, y las exigencias sobre la justicia desde su relación con lo humano.

definir exigencias que son compatibles con ciertos contenidos²². Por otro lado, al atender a las características sustanciales, se distinguen principalmente dos: la *deontológica*, y la *ontológica*. Según Rodolfo Vigo (2016), las posiciones deontológicas son “las que al definir esas pretensiones dirigidas al derecho positivo se despreocupan de esclarecer apropiada y exhaustivamente el fundamento de las mismas”²³ (p. 7). Mientras que las posiciones ontológicas se dedican más al estudio de fundamentos filosófico.

Rodolfo Vigo sostiene que esta doctrina afirma que existe “algo” que tiene valor jurídico sin necesidad de haber sido originado por una fuente humana. En este sentido, no hay un encuentro teórico con el iuspositivismo.

Razones como ésta llevan a considerar que el iusnaturalismo no es suficiente para respaldar un término tan ambiguo como la *validez de la norma jurídica*. Es decir, existen varias objeciones válidas en contra del iusnaturalismo, especialmente al tratarse del clásico. Un ejemplo de estas objeciones es el antisistematismo: el iusnaturalismo pone el énfasis en la de equidad y la justicia. Sin embargo, no presta suficiente interés por el sistema. El sistema llega a tener importancia según el contexto y el caso, pero no es priorizado: incluso critica a los sistematicismos²⁴.

Otra objeción contra al iusnaturalismo es que produce un debilitamiento de la norma, lo cual puede producir inseguridad jurídica. Puesto que para el iusnaturalismo el derecho no surge de las normas, sino que las normas surgen de este “algo” que siempre estuvo presente, el derecho se construiría en base a casos o jurisprudencia (Vigo, 2016, pág. 30).

Dentro del iusnaturalismos existen varias perspectivas anti normativistas, que generan temor a que se llegue a producir algún tipo de afectación a la seguridad jurídica o la previsibilidad de las soluciones jurídicas dentro de una base de inercia dada por un modelo genérico.

Según Vigo, el iusnaturalismo considera el derecho como algo exterior. También considera que el iusnaturalismo no rechaza la epistemología de la ciencia o las normas, no obstante, se niega a aceptar que sea el único saber jurídico (Vigo, 2016, pág. 45).

²² Un ejemplo de esto la moral interna de Lon Fuller

²³ Según Rodolfo Vigo, un claro ejemplo de esto puede ser previsto en “*right thesis*” de Ronald Dworkin.

²⁴ Villey, es uno de los autores que critica los sistematicismo y llega hasta el punto de privilegiar la solución jurídica que se crea para casos, llegando de esta forma a estar más cerca de una escuela de derecho libre.

Indudablemente, Vigo, encuentra inspiración en el iusnaturalismo al intentar conceptualizar la validez de la norma jurídica. Sin embargo, como ya se ha dicho, acude también a la escuela neoconstitucionalista.

Antes de poder determinar cuál fue el aporte que Rodolfo Vigo obtuvo del neoconstitucionalismo, es importante aclarar cómo percibe esta postura y cuáles son las coincidencias y diferencias que le permiten relacionar ambas tesis.

Citando directamente a Vigo, “el neoconstitucionalismo propone una filosofía jurídica que utiliza en buena medida como banco de prueba o respaldo de sus tesis a la misma realidad del Estado de Derecho Constitucional, de modo que termina explicando, avalando y auspiciando.” (Vigo, 2016, pág. 226)²⁵.

Según esto, en el neoconstitucionalismo la Constitución de un Estado supera su naturaleza política y se convierte en una fuente de derecho. En el mismo sentido, otro rasgo distintivo es que ahora la Constitución se concibe como una carga de moral por medio de la cual se puede aplicar derechos, principios, fines o valores. En tercer lugar, la Constitución adquiere un carácter operativo, es decir, las normas serán aplicables siempre y cuando entren en vigencia, rechazando la idea de que las normas pueden ser utilizadas de manera programática; y por último, los jueces pueden llegar a invalidar las leyes y las normas que contradicen a la norma suprema.

Las características mencionadas se relacionan en gran medida con las exigencias que Rodolfo Vigo, propone como inherentes a la validez de la norma jurídica. Desde la invalidez de la norma por contradecirse a una superior, hasta la idea de no utilizar normas que no se encuentren vigentes. En este punto se puede constatar el influjo del neoconstitucionalismo en su propuesta sobre la conceptualización de validez jurídica.²⁶.

A continuación, Vigo también considera que el neoconstitucionalismo atrae la discusión a la razón práctica de una forma que permite valorar racionalmente las soluciones jurídicas. En el tema de racionalidad es donde Vigo enfoca más su interés, pues por medio de esta se puede identificar la mejor respuesta para los casos jurídicos

²⁵ Vale la pena recordar que el neoconstitucionalismo aparece después de la Segunda Guerra mundial, pues busca cambiar la mera administración según normas, para abrirse a un sistema de justicia, de modo que los papeles de los jueces pasan de la mera aplicación de las normas, a una interpretación en pro de la justicia (Porciello, 2019).

²⁶ *Un concepto de validez jurídica funcional al rule of law.*

que sean necesarios. De hecho, lo que normalmente hacen los autores que basan su postura en el neoconstitucionalismo²⁷ es confiar en la argumentación. Cuando hablamos de que estos iusfilósofos confían en la argumentación, nos referimos a que confían “en la capacidad de que las soluciones a los problemas jurídicos se establezcan por medio de razones o argumentos que las respalden.” (Vigo, 2016, pág. 226). Lo cual va a la par con el tema de seguridad jurídica, porque a pesar de tener en cuenta la justicia y la equidad como valores principales que deben prevalecer en las decisiones de los jueces, el neoconstitucionalismo también pretende que las decisiones racionales sean tomadas al momento de controlar el ámbito legislativo.

Vigo también resalta algunas tesis de autores neoconstitucionalistas, como por ejemplo las afirmaciones de Luigi Ferrajoli. En este sentido, Ferrajoli, no solamente atiende el tema del renunciamiento a la epistemología Kelseniana y a la filosofía analítica que proviene de Italia y aparece en las épocas de posguerra, en el afán de proponer una ciencia jurídica funcional que se comprometa a mantener la responsabilidad de superar lagunas y antinomias (Ferrajoli, 2000, pág. 60), sino que también atiende a una nueva noción de validez jurídica de las normas,

Ferrajoli, considera que la validez jurídica de las normas no debería estar sujeta a un análisis de base meramente formal, más bien propone que el análisis mantenga coherencia en sus contenidos y que no contenga contradicciones con los principios constitucionales. Y en efecto, dentro del neoconstitucionalismo, Ferrajoli no es el único autor que acoge la idea de una nueva noción de validez de la norma jurídica que considere en mayor medida el uso de la razón y la lógica.

Vigo analiza a profundidad la postura de Ferrajoli, sobre la validez en otra de sus obras²⁸, en la que afirma que la teoría del derecho que maneja Ferrajoli tiende a tematizar la discrepancia que existe entre lo constitucional y lo legislativo. Esto implica la existencia de una discusión “entre la validez y la vigencia, dado que es posible la existencia de normas vigentes- por resultar conformes a las normas formales sobre su formulación. Pero que, sin embargo, son invalidas por resultar incompatibles con las normas sustanciales sobre su producción” (Vigo, 2019, pág. 52). Por lo que se considera

²⁷ Autores como Robert Alexy, Carlos Nino, Luigi Ferrajoli, Ronald Dworkin, Gustavo Zagrebelsky, entre otros.

²⁸ El neoconstitucionalismo iuspositivista-crítico de Luigi Ferrajoli.

que la noción de validez que mantiene Ferrajoli, que, en cierto sentido asimilada a una noción kelseniana, pero con la diferencia de que ésta se centra en el aspecto sistemático.

Rodolfo Vigo también atiende a otros autores neoconstitucionalistas al momento de formar un juicio, entre los cuales podemos singularizar a Robert Alexy, quien aporta al diálogo racional dentro del derecho para poder alcanzar la validez, llegando a la idea de que el derecho necesita del diálogo racional para alcanzar legitimidad (Navarra, 2000, pág. 237). A lo que más alude es a la institucionalización de la razón y a acoplar en cierta medida el discurso práctico general. Por consiguiente, para poder mencionar la existencia de una norma que es válida jurídicamente, sin importar su jerarquía, se deben incluir tanto exigencias sustanciales como procedimentales.

Brevemente, hemos señalado los autores neoconstitucionalistas que inspiran a Rodolfo Vigo, en su propuesta de un concepto de validez de la norma jurídica que acoja la idea de justificación racional, pues como hemos visto los autores actuales del neoconstitucionalismo ponen empeño en tratar de reconciliar la idea de la razón y el derecho.

Por otro lado, si se pretende acoger la idea del derecho creado desde un discurso práctico, éste no puede pretender que solamente las normas permitan resolver todos los casos, pues existe el problema de la vaguedad dentro del lenguaje. A partir de esto, según Alexy, se hace necesario utilizar argumentos y tesis de casos especiales. Y en este punto, Alexy influye en el trabajo de Vigo acerca de la validez de la norma jurídica. En tal virtud,

Vigo sostiene la idea de que la validez jurídica no se proyecta de forma unívoca, y señala que no siempre se reduce a un solo régimen de una estructura política o una postura filosófica. Aquí entra en juego el papel de los jueces que deben tener en cuenta todos los requisitos que deben exigirse para considerar una norma válida o no. No obstante, la investigación de Vigo no se centra principalmente en la función judicial, sino que aborda el tema asumiendo que la claridad conceptual sobre la validez jurídica llega a tomar importancia especialmente cuando una norma es considerada inválida por no cumplir con las exigencias de validez que propone.

Dicho de otro modo, Vigo, ve que el tema de aptitud de validez de la norma jurídica es un tema que ha rondado por mucho tiempo en el derecho, y que reviste gran importancia dentro del ámbito judicial, para que una norma jurídica válida se ajuste a la norma superior y no provoque dudas para el destinatario. Esta labor, como ha quedado

expuesto, debe realizarse por medio del estudio de varias posturas para aprovechar todas las aportaciones adecuadas al diálogo, la razón y la justificación.

En efecto, Rodolfo Vigo identifica los aspectos relevantes de varias teorías reconocidas, para que de esta forma puedan ser comparadas y se pueda apreciar sus diferencias y coincidencias, de tal forma que, al final se pueda acoger lo más relevante de estas aportaciones para un fin en concreto: en este caso, la obtención de un concepto de *validez de la norma jurídica*.

3.1.2 El realismo jurídico clásico y el neoconstitucionalismo como respaldo a la validez de la norma jurídica.

Realismo Jurídico Clásico

Rodolfo Vigo hace referencia al realismo jurídico clásico y los autores neoconstitucionalistas vinculados al tema de validez de la norma jurídica en razón de que estas posturas reconocen que el derecho necesita de la razón y la práctica. En tal sentido, para una mejor comprensión del análisis, Rodolfo Vigo utiliza el realismo jurídico clásico como respaldo de su concepto normativo de la validez jurídica. Al disponer del realismo jurídico clásico, se hace referencia a que este recibe este nombre, en razón de que toma en cuenta al derecho como *res iusta*. Contiene las ideas de autores como: Aristóteles, Tomas de Aquino, Francesco Oligiatti, Michel Villey (Hervada, 1984).

Asimismo, uno de los rasgos más notorios con los que se puede identificar al realismo jurídico clásico, es la referencia constante a la relación de la justicia y el derecho, y las referencias a lo que el Digesto²⁹ en su tiempo consideraba como tal. Las funciones de estos autores era determinar el derecho de cada persona, ese derecho es lo que se conoce como *iustum*, es decir, lo justo.

De esta forma el realismo jurídico clásico, brinda las bases para investigar, qué es derecho y justicia, hasta llegar a otros temas, como la moral y la ética. Sin embargo, lo

²⁹ En aquella época, era muy común que los autores que emprendían sus trabajos de justicia o derecho, lo hicieran en sentido a la clásica definición de justicia que daba Digesto: dar a cada quien lo suyo.

que nos interesa aquí es resaltar es como Rodolfo Vigo enlaza los conceptos de realismo jurídico clásico con el neoconstitucionalismo.

Rodolfo Vigo realiza una interpretación de los autores del realismo jurídico, en la cual consigue acoplar algunas ideas de estos autores a su personal conceptualización de validez de la norma jurídica.

Las ideas de Aristóteles y Tomas de Aquino, prevalecen en el realismo jurídico clásico. La interpretación de sus ideas lleva a la conclusión de que la razón práctica es la regla y la medida para obrar, por eso “la moral es la cuenca que enseña a los hombres a guiarse” (Lachance, 1953, pág. 111)³⁰. La ley o mejor dicho la norma jurídica está asociada a la razón, pues proviene de ella, como explica Tomás de Aquino, de modo que la ley es una prescripción de la razón y la norma jurídica es entonces *rationis ordinatio*, de tal forma que se remite a la comunidad y tiene fuerza coactiva dentro de la misma comunidad.

Rodolfo Vigo considera que esa idea se complementa con la de Francesco Olgiatti, quien afirma que el derecho debe tener un tipo de justificación, lo cual equivale a afirmar la juridicidad racional; pues, según su pensamiento la idea de que lo racional es lo mismo que lo jurídico (Olgiatti, 1977). Es decir que el derecho siempre expresa racionalidad, por lo tanto: ¿Cómo se pretende declarar la validez de la norma sino se utiliza la racionalidad? En resumen, bajo los preceptos del realismo jurídico clásico no es posible, puesto que no existe derecho sin racionalidad. En tal sentido Rodolfo Vigo, señala que el realismo jurídico clásico afirma que no existe posibilidad alguna de que exista validez jurídica donde no hay una justificación racional.

Vigo resalta el valor de los autores mencionados por el hecho de que apuntan a otra visión sobre la validez de la norma jurídica. Es decir, no toman una conceptualización simplemente descriptiva, sino que incluyen la racionalidad y la práctica. Pero como ya se ha dicho, Rodolfo Vigo, se da cuenta de que el realismo jurídico clásico no es la única fuente que puede sustentar su investigación y decide entablar un diálogo con el neoconstitucionalismo y anexar la idea sobre razón al presente tema.

Neoconstitucionalismo

³⁰ Lachance, citando a Santo Tomas de Aquino.

¿Qué es lo que se comprende como *neoconstitucionalismo* en la teoría del derecho? Para Luis Prieto Sanchís (2011), alude a una concepción dentro del Derecho que parte a través de un sistema jurídico nacido del constitucionalismo contemporáneo, donde es identificable una *lex superior* a la legislación ordinaria que rige de independencia y superioridad (p.230).

Por su parte, Rodolfo Vigo hace notar que varios autores³¹ que se manejan bajo el neoconstitucionalismo intentan reconciliar la idea de la razón y el derecho, sustentado en la convicción de que el destinatario necesita que la norma que está obligado a acatar sea racional. Es decir, el derecho necesita alcanzar la realidad para que éste sea considerado como legítimo, pues reconoce que existe la teoría sobre el Estado democrático constitucional, según la cual se llega a la formulación de dos exigencias fundamentales para la creación de una estructura del sistema jurídico. Para comprender esta teoría es importante afirmar que existe una pretensión de *corrección*³² de quienes formulan el derecho y, a la vez, una pretensión de *fundamentabilidad*³³. Para entender mejor estas cuestiones, parece útil precisar lo que se conoce como una *teoría del discurso práctico general*³⁴.

Según Rodolfo Vigo (2014), el derecho que ha sido creado bajo la teoría del discurso clásico no puede contener normas que solamente busquen solución de los casos mediante el uso de una operación lógica que reproduzca la hipótesis de una norma general (p. 707), puesto que hay que tener en cuenta la vaguedad del lenguaje, la antinomia, la posibilidad de que haya ausencia de normas, entre otras situaciones. Por lo cual, decide

³¹ Autores como Luis Prieto Sanchís & Robert Alexy.

³² La pretensión de corrección es un argumento de Robert Alexy, que afirma que quienes formulan el derecho, al momento de entrar en discursos sobre el derecho, lo realizan interpretándolo y generando afirmaciones que necesariamente suponen que son correctas.

³³ La pretensión fundamental, es donde encontramos la aplicación de la teoría del discurso práctico general y la argumentación práctica racional, pues mediante estos recursos se busca llegar a obtener respuestas que puedan ser consideradas como verdaderas o correctas.

³⁴ Rodolfo Vigo, apoya la idea de un Discurso de práctica general. Indica a varios autores neoconstitucionalista actuales, uno de estos Robert Alexy, quien explica que la teoría del discurso se encaja en la razón práctica. Es decir, una proposición que sea práctica o normativa tiene que ser considerada como correcta o verdadera, siempre y cuando esta será el resultado de un discurso práctico que haya sido racional.

apoyarse en la teoría Alexyana que explica que el discurso jurídico es abordado como un caso especial del discurso práctico general. En consecuencia, esta teoría implica el intento de institucionalizar la razón en las normas jurídicas, para sujetarlas a la idea de que su validez tiene que implicar pretensiones de corrección y manejarse bajo un discurso práctico argumentativo, para pertenecer o no al derecho. En tal sentido, Rodolfo Vigo considera necesario analizar las teorías de la argumentación jurídica.

Teoría de la argumentación jurídica considerada por Rodolfo Vigo

Como se ha explicado, el neoconstitucionalismo busca la implementación de la razón en el derecho. En la teoría de la argumentación jurídica, también se prevé esa implementación para reconocer el manejo del derecho por parte de los juristas, y a su vez, como éstos deciden su elección en los diferentes casos, teniendo en cuenta las razones y argumentos para su sustento.

En este punto, vale la pena hacer notar que la argumentación jurídica ha sido una de las materias en Derecho que ha apoyado a en gran parte a la formación del concepto de validez jurídica. Así, Vigo, considera que, dentro el respaldo que da la argumentación jurídica, los operadores de la justicia no solamente deben buscar el sentido que tiene una norma jurídica, sino que deben ajustarla a casos bajo un sustento lógico y justificado.

Dentro de la argumentación, existe amplias nociones sobre la validez normativa, en las que se precisa tener justificación racional. Para lo cual se dan discusiones donde se pondera el seguimiento de filósofos³⁵ que tratan de vincular la constitucionalidad y la racionalidad.

En este punto, Vigo remite a Enrique Alonso García: en parámetros constitucionales de varios países, la racionalidad es convertida en una exigencia, o en un parámetro dentro de un examen; pues el test de racionalidad es un instrumento fundamental en el derecho y una necesidad para la justificación del uso de una ley (García E. A., 1984). El autor hace esta acotación al tratar de demostrar la sintonía que tiene el Estado de derecho constitucional, con la racionalidad de la ley. Si se revisan las teorías jurídicas continentales europeas sobre la argumentación estas también contribuyen con que las decisiones judiciales tengan que reclamar justificación (Vigo, 2014).

³⁵ Manuel Atienza, Robert Alexy & Enrique Alonso García.

Por consiguiente, Rodolfo Vigo, mantiene que, dentro de esta teoría, se demuestra la necesidad de la razón dentro de la aplicación del derecho, es un sentido de tratar de reivindicar lo que se conoce como *rule of law*, pues no sólo trata sobre las exigencias formales, sino que también atienden temas sustanciales como la composición de las normas, la argumentación, la revisión, características importantes para que una norma pueda ser considerada como válida.

3.2 Contexto sobre el pensamiento de Rodolfo Vigo sobre el concepto de validez de la norma jurídica entorno a la *rule of law*.

En este sentido Rodolfo Vigo también mantiene el dialogo de la validez de la norma jurídica dentro del ámbito de *rule of law*. Según Francesco Viola, el *rule of law* infiere la “orientación a prescribir como el derecho positivo debería ser formado y como podría ser practicado, con la finalidad de que pueda efectivamente gobernar las acciones humanas.” (Viola, 2017, pág. 17). Por lo cual al definir *rule of law*, puede ser comprendida como una reglamentación de cómo entender y llegar a practicar lo que se conocen como las reglas jurídicas. A su vez, también puede identificarse como un criterio de la práctica jurídica y puede llegar a preverse como lo trascendental del derecho positivo³⁶.

El *rule of law* no es una expresión sencilla de traducir, a pesar de que de forma literaria *rule*, se traduzca a *regla* y *law* sea traducida como *ley*, esta terminología abarca más información de lo que estas dos palabras nos pueden dar. Dentro del derecho, la idea de *rule of law*, presupone un universo donde el derecho es quien debe predominar y la sociedad a la que rige debe actuar conforme a lo que dictamina el derecho.

Este imperio del derecho es una de las traducciones más acertadas de la *rule of law*, agregando a su vez, que este fue proclamado por Dicey³⁷ hace un siglo; asimismo,

³⁶ Lo que propone el *rule of law*, son reglas que ya deben ser consideradas como jurídicas, es decir que en sentido pleno estas reglas son posibles de practicar por los seres humanos, y deberían estar siendo practicadas de forma correcta, es por esto que se podría hablar de la *rule of law* como forma trascendental pragmática del derecho, ya que en un principio es más considerado una práctica social y no tanto una norma.

³⁷ A.V. Dicey, jurista británico, centrado en la introducción del Derecho en la Constitución. Él fue quien popularizó el término de *rule of law*.

the rule of law consiste en la sumisión de la población en una sociedad a un único derecho, el cual tendrá que ser aplicado y respaldado por los jueces (Pereira, 2010, pág. 172). Lo que conocemos como *rule of law*, ha experimentado varios cambios, pasando de ser una institución inglesa para convertirse en un sistema universal. Este derecho se transforma y cuenta con diferentes nociones entre fases del derecho consuetudinario y el derecho legislativo. La existencia de la presunción de que el poder debe ser limitado con el fin de proteger la sociedad, se adentra al sentido *iusnaturalista* bajo la preexistencia de bases morales y la justificación del derecho natural para asegurar aquellos controles. Por otra parte, *the rule of law* se orienta a combatir la arbitrariedad en el poder normativo, y representa manifestaciones jurídicas sobre los regímenes aun no liberales. En cierto sentido se considera a al *rule of law*, como un paso a la visión liberal del derecho, creando y protegiendo características³⁸ encontradas en la ley para mejorar su aplicación (Viola, 2017, pág. 32).

Una vez que se ha comprendido que es *the rule of law*, se puede entender mejor porqué Vigo consideró importante mantenerlo como base para la elaboración de su concepto de validez de la norma jurídica.

Es así como la caracterización que Rodolfo Vigo trata de realizar sobre la validez de la norma jurídica es compatible con el clásico *rule of law*, porque lo llega a precisar no como un gobierno de los hombres, sino que abarca un gobierno de la ley y la razón. Con esta base, Vigo establece las diez exigencias racionales, que hemos expuesto anteriormente, para determinar la validez de la norma jurídica, sumando una más: la racionalidad prudencial.

3.3 La tendencia naturalista de Rodolfo Vigo y su análisis de la validez jurídica bajo el diálogo de tendencias actuales.

Ahora bien, una vez que se ha enfatizado su aportación en el trabajo de un concepto de validez de la norma jurídica entorno al *rule of law*. Con el objeto de presentar un diálogo con tendencias actuales, Vigo al tratar el tema de la validez, refleja primero

³⁸ Las características son las siguientes: Generalidades, irretroactividad, promulgación, no contrariedad, condiciones al ejercicio de la jurisdicción, comprensibilidad. Viola, F. *en los orígenes de la rule of law*, Palestra Editores S.A.C., 2017.

una postura que cita a autores iusnaturalistas³⁹, para representar que dentro de la concepción de validez jurídica hay que tomar un nuevo enfoque. Esto es tomar una visión sobre el tema de validez de la norma jurídica que no implique un ámbito solamente descriptivo, sino que investiga y entabla la idea de adentrarse a una conceptualización normativa por medio de la racionalidad. Por lo general, esta fuente de investigación, aplica la idea de que el derecho debe tener una justificación racional, es decir que no genere dudas en sus receptores, manteniendo explicaciones justificadas por medio de la razón. Vigo, propone esta idea de prever la noción de validez jurídica desde un sentido normativo, porque guía al ciudadano de lo que debe ser aceptado o no por el derecho.

Es de esta forma que Vigo aplica el neoconstitucionalismo, adoptando la idea de reconciliar a la razón y el derecho por medio de la corrección de la estructura del sistema jurídico, lo cual incluye dejar a un lado lo descriptivo de la concepción de la validez jurídica⁴⁰ y tener un acercamiento por medio del ámbito normativo y práctico, por medio de la teoría del discurso práctico general que tiene el objeto de alcanzar normas verdaderas.

CAPÍTULO IV

4.1 Análisis y críticas de la teoría de Rodolfo Vigo

Según esta investigación acerca del pensamiento de Vigo, podemos concluir que el valor judicial es constante en el tema de la validez, por eso se lo considera como un tema pertinente que tiene que ser atendido. De hecho, Vigo en su propuesta de validez jurídica plantea las exigencias racionales, para que el juez constitucional revise estas exigencias, y pueda tener una guía que le permita poder validar o invalidar la norma jurídica con un sustento en varias teorías filosóficas, y con el aporte de él, plasmado principalmente en sus once exigencias racionales.

El concepto que ha desarrollado Rodolfo Vigo sobre la validez jurídica de la norma, ha sido una idea que se ha desarrollado por medio de varias investigaciones.

³⁹ Autores como Tomas de Aquino, Franceso Olgiatti, entre otros.

⁴⁰ Coincidiendo de esta forma con lo ya previsto en el iusnaturalismo.

Reconocemos que Vigo maneja una postura que en su mayor parte es iusnaturalista⁴¹, y su interés en otras posturas, como el neoconstitucionalismo, se debe a que considera que existen ciertos temas que pueden coordinarse para dar aclaración o mejorar el concepto de una figura jurídica.

Su interés por la validez de la norma jurídica aparece en otros textos, el más relevante: *¿Cuándo una norma jurídica es válida?*⁴². Esta investigación tiene indicaciones sobre cómo debe ser entendida la validez jurídica de una norma y sus requisitos; de tal forma que, la información que contiene son los primeros indicios que Vigo desarrolla sobre los requisitos que deben ser considerados para la validez de una norma jurídica⁴³. Rodolfo Vigo, sugiere que los requisitos para la validez de una norma deben ser los siguientes: órgano, procedimiento, coherencia, comprensibilidad, teleología, eficacia, veracidad y justicia (Vigo, 2001, pág. 201). Desde este punto, se puede vislumbrar que los requisitos mencionados tienen similitudes con las exigencias racionales mencionadas en la investigación más reciente de Rodolfo Vigo sobre la validez de una norma jurídica. Es decir, el requisito del órgano se desarrolla en la exigencia que conocemos como racionalidad orgánica y es desarrollada con mayor profundidad.

Otro aspecto en el que profundiza es en el requisito de procedimiento, que lo propone como una *exigencia de racionalidad procedimental* y deja a un lado la simple concepción del cumplimiento de los procedimientos, para poner el énfasis en la necesidad de que éstos sean razonables y justificados.

En cambio, Vigo no desarrolla la parte axiológica y la intencionalidad en el artículo de opinión Publicado en diario La Ley, Buenos Aires, 2011, sino que es un tema que surge posteriormente al continuar el desarrollo del concepto de validez jurídica de la norma en los años siguientes.

En la actualidad, Vigo nos introduce el tema de validez jurídica de la norma, preguntándose cuándo podría considerar una norma como válida, y propone que la norma es válida cuando esta ha sido justificada racionalmente. Sin embargo, lo que notamos

⁴¹ Rodolfo Vigo, ha realizado varias investigaciones sobre el tema: “El iusnaturalismo actual”, “Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas”, “De la ley al derecho”, “iusnaturalismo y neoconstitucionalismo”, entre otros.

⁴² Rodolfo Vigo “¿Cuándo una norma jurídica es válida?”, Publicado en La Ley, Buenos Aires, 2011.

⁴³ Esto es, previo a la investigación realizada por Rodolfo Vigo que es objeto de esta investigación.

dentro del análisis es que Rodolfo Vigo responde a la pregunta principal de su investigación, pero su respuesta no es completa, pues encontramos temas que no ha desarrollado a fondo, como por ejemplo la *justificación axiológica* y la *racionalidad intencional*.

Uno de los méritos de Rodolfo Vigos que intenta cambiar el debate sobre la validez jurídica de la norma, proponiendo exigencias que otros autores no han atendido en sus debates⁴⁴. Sin embargo, dentro de estas exigencias, ciertos temas no han sido atendidos a profundidad intentaré referirme a ellos.

Sin duda el tema de la validez no es un tema sencillo, por lo cual, no es de extrañarse que de él se deriven temas que generan dudas. Entre estos temas, la *justificación axiológica*, que Vigo, maneja acudiendo a la tesis de Alexy que adhiere su fórmula a la de Radbruch, donde declara que “la injusticia extrema no es derecho” (Alexy, 2001); sin embargo, Rodolfo Vigo simplemente hace referencia a este concepto estimando que es suficiente para la comprensión del lector y no necesita mayor desarrollo. La idea de crear un requisito reflejado en la justificación axiológica es un tema que necesita de mayor desarrollo, porque al presentarlo como una idea general que propone que la ley que extremadamente injusta es inválida, Requeriría una explicación más profunda.

Una justificación a esta carencia en la explicación de Vigo, es el hecho de que la axiología abre un campo de investigación más amplio, y al tocar varios tópicos, torna totalmente imposible poder abarcarlo a profundidad en un artículo publicado en una revista.

Algunos autores o estudiosos podrían afirmar que la justificación axiológica no puede manejarse como requisito porque se tendría que tomar en consideración la moralidad desde la subjetividad lo cual adentra a la revisión del individuo, el proceso interior de estos individuos por el cual alcanzan sus propias determinaciones, la negación de la universalidad (Washburn, 2010, pág. 80). Lo cual deriva en más preguntas como, qué teoría de justicia se utiliza para determinar el parámetro de esta exigencia, qué es lo que se considera como justo, qué es la moral y la ética; y desarrollarlos bajo la idea de que cada uno de estos temas no son verdades aceptadas universalmente en el mundo de

⁴⁴ Como por ejemplo, Manuel Atienza o Robert Alexy.

la filosofía del derecho, sino que en parte dependen del enfoque filosófico de las escuelas del derecho.

Por otra parte, la moralidad objetiva es “una universalidad cuyo punto de partida es la existencia concreta, particular: cada agente es racional, su capacidad de pecar, es decir, su actuar moral, admite una explicación según un proceso psicológico gracias al cual se compone el mérito (o la culpa) de la acción moral.”⁴⁵ (Washburn, 2010, pág. 79): esta sola afirmación exige un detenido estudio de distintas variantes que afectan la aplicación de la exigencia axiológica propuesta por Vigo: desde el estudio de la moral vinculada con el iusnaturalismo, hasta la elaboración de parámetros y guías que indiquen el cumplimiento de la moralidad objetiva, subjetiva y el desarrollo de la justicia.

En tal sentido, es evidente que Rodolfo Vigo, no trata sobre qué tipo de moral se debe atender en el tema o cual es la definición de justicia que debería sentarse como base para el desarrollo de este requisito. Es por lo que nos vimos abocados a revisar otras obras de Rodolfo Vigo, en las que trata sobre temas de moral, ética y justicia. De hecho, él mismo ha declarado en publicaciones anteriores que “la ética judicial estudia al juez desde la perspectiva del bien, o sea, de su perfección o plenitud, como también de aquellos que se benefician o padecen la presencia de esa perfección en el quehacer judicial” (Vigo, 2007, pág. 29). Asimismo, Rodolfo Vigo también ha recalcado que la ética es inescindible al humano y ésta se encuentra también ligada a los trabajos de los profesionales, por el hecho de que “cuando se incumple un deber ético se daña o perjudica algún bien, sea de las partes, abogados, sociedad, colegas, colaboradores o el mismo juez.” (Vigo, 2007, pág. 45). De igual modo, Rodolfo Vigo, en su publicación sobre ética y responsabilidad judicial, nos presenta teorías éticas y detalla de cierto modo su postura sobre la ética.

La primera teoría que es descrita es la del *escepticismo*, que afirma que nadie tiene ningún conocimiento moral, es decir, que el individuo no conoce al bien, sino que lo crea desde la irracionalidad. Vigo critica esta teoría explicando que “si el bien lo pone cada

⁴⁵ Esta idea de la moralidad objetiva, propone que existen verdades universales que son indiscutibles y nacen desde la naturaleza del hombre. Un ejemplo: matar un inocente es moralmente incorrecto; aquella verdad siempre ha existido y es indiscutible. Otro ejemplo son los juicios de Nuremberg, pues no importa que por ley o por mandato de una autoridad se obligue a matar a un inocente, la ley humana no discute la verdad universal que matar a un inocente es moralmente incorrecto.

uno y no hay posibilidad de conocimiento práctico la alternativa de una ética profesional se torna inviable...” (Vigo, 2007, pág. 22).

La segunda teoría mencionada, el *intersubjetivismo ético*, el cual propone que el bien se discierne colectivamente, mediante un proceso recíproco en el cual se comparten los conocimientos de una persona a otra.

La tercera teoría ética mencionada por Rodolfo Vigo, es el *consecuencialismo ético*, la cual defiende que no existen actos que sean buenos o malos, sino que los resultados y las consecuencias causados por estos actos deben ser lo que hay que ponderar, es decir, se rechaza la posibilidad de un juicio ético basado en los actos humanos.

La cuarta teoría ética es reconocida como *juridicismo*, en la cual se encomienda a un órgano o autoridad que establezca las respuestas sobre la ética por medio de una norma jurídica.

Por último, encontramos que Vigo describe la teoría del *objetivismo ético*, en la cual se advierte que la ética responde a la universalidad de la naturaleza humana, la cual es captada en las primarias experiencias humanas. En esa línea, Rodolfo Vigo, para reforzar su argumento objetivista ético, cita a Finnis, indicando que existen bienes humanos básicos que construyen el sustrato valorativo de todos los juicios morales, por ende, estos bienes morales no pueden ser suprimidos para llegar a una buena vida (Vigo, 2007, pág. 25). En tal virtud, se demuestra que Rodolfo Vigo tiene conocimiento más profundo del tema de la moral y la ética; y que de las teorías éticas que describe, de acuerdo a su adscripción a la escuela iusnaturalista, es un fiel creyente del objetivismo ético.

Sin embargo, el primer Presidente de la Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de las Provincias Argentinas, al plantear las exigencias para la validez de una norma, desarrolla el tema ético de forma abreviada y sin declarar frontalmente cuál su postura sobre el tema. Por lo cual, nos vimos en la necesidad de interpretar su pensamiento y así poder demostrar el tipo de teoría ética la que se adscribe.

En el mismo sentido, es pertinente recalcar que el tema de la justificación axiológica también carece de tratamiento en otras áreas. Es decir que, al analizar la justificación axiológica en torno a los jueces, podemos prever que su aplicación no

satisface un problema moral. Un ejemplo, es prever cómo se daría su aplicación en caso de que jueces de la Corte Constitucional necesiten utilizar la aplicación de esta exigencia, teniendo en conocimiento que Vigo no propone ninguna guía para satisfacer un análisis adecuado. Pues un juez no puede fundar su justificación citando un tema que no ha sido estudiado a profundidad. Es decir, que, si bien es cierto que el juez debe mantener su decisión basada en el derecho, lo cual lleva a la búsqueda de la justicia, no puede basar su criterio en un razonamiento incompleto que falte de desarrollo y ni siquiera atienda indicaciones que ayuden a delimitar qué es justicia o en qué casos se recae en la injusticia extrema y la afectación grave del individuo.

Asimismo, dentro del análisis sobre el requisito de justificación axiológica, también se ha detectado otra situación que debe ser atendida. Este es el caso de que la exigencia no solamente aplica a los jueces, sino que también debe ser prevista para los legisladores. Si bien es cierto que esta exigencia puede ser observada por el juez, los legisladores son los que participan en el proceso de elaboración de una norma. Por ende, este requisito sería necesario para evitar que el legislador caiga en la falta de injusticia extrema. Sin embargo, el requisito que presenta Vigo, no establece argumentos sencillos y de fácil comprensión, que sirvan como guía para estos legisladores.

En definitiva, considero que Rodolfo Vigo, pretende realizar un avance al atender el tema de la axiología y presentarla como un requisito para la validez de una norma, pues considera necesario que se eviten aquellos percances en donde individuos se valen del positivismo de una norma para cometer abusos en la sociedad. No obstante, me parece que falta un mayor desarrollo para poder considerarlo como una exigencia funcional.

Por otra parte, propongo otra crítica respecto al modo como Vigo trata el tema de la *racionalidad intencional*, porque en el supuesto de la hora de juzgar la validez, se generan preguntas de cuánta relevancia debe tener la intención, y qué sucede cuando existen intenciones torcidas. La pregunta que más sentido tiene como crítica de la racionalidad intencional, es hasta qué punto se puede considerar que una racionalidad está libre de vicios e intenciones torcidas.

Puesto a que Vigo menciona que se pretende defender la racionalidad intencional, aun cuando existan dudas, en razón de que la justificación racional de la norma exige que la intención que tenga el autor se ajuste a las pretensiones elementales de la moral. Esto nos adentra en las intenciones de jueces y legisladores, y cuáles son las delimitaciones

que deberían tener para considerar que su primera intención es ser justos. Sin embargo, la aplicación de este requisito acarrea problemas, por el hecho de que es un requisito que queda corto, pues existe falta de certeza al demostrar la intención de la autoridad se proyecta sobre la validez de la norma. En virtud, de que no existe un parámetro cierto para confirmar las intenciones que tiene la persona y dejar en claro que estas se encuentran libres de cualquier vicio.

Tampoco existe una sentencia de la Corte constitucional que dé luces a los legisladores para reconocer las intenciones viciadas detrás de una norma. De tal forma que se considera una idea en desarrollo, ya que, si tomáramos esta exigencia para cumplir uno de los objetivos de la validez de la norma jurídica, no percatamos que no satisface la idea de no dejar a los ciudadanos sin dudas racionales justificando el porqué de la creación de esta norma.

A su vez, es pertinente indicar que Vigo ha introducido el tema de la intencionalidad en publicaciones previas. Por lo cual, se comprende que Rodolfo Vigo puede profundizar más sobre el tema. En la publicación que realizó en el Diario la Ley, en la ciudad de Buenos Aires, año 2011, sobre la validez de una norma jurídica, Vigo, menciona varias cuestiones sobre teorías no positivistas, entre las cuales nos presenta a uno de los representantes más reconocidos del iusnaturalismo de habla inglesa, el profesor John Finnis. Dentro de la tesis de Finnis, se presenta que su preferencia está más afianzada con la “razón” que con lo “natural”, y esta racionalidad se reduce a crear exigencias para el orden procedimental. Rodolfo Vigo indica que John Finnis afirma que la justicia se identifica con el derecho y que, si queremos descubrir la injusticia dentro de una normativa, podemos buscar la irracionalidad bajo los siguientes supuestos: órgano, procedimiento, contenido e intención (Vigo, 2001, pág. 203). Así pues, en publicaciones previas, Rodolfo Vigo ha logrado atender el tema de la racionalidad.

En este punto, y puesto que Vigo acude a él conviene hacer referencia atender al pensamiento de que Finnis sobre la intención. Al revisar los estudios de Finnis, se encuentra el libro *Natural Law and Natural rights*, el cual nos permite acercarnos a lo que Finnis considera sobre la intención. Finnis defiende que la intención es un concepto difícil e importante para el rol de la moral y el ámbito jurídico. Por el hecho de lo que se tiene como intención es lo que la persona normalmente escoge, sea como finalidad o como medio, es decir que la intención pertenece al plan de propuesta y termina siendo la

razón por la cual el ser humano actúa (Finnis, 2011, pág. 454). Ahora bien, al momento de delimitar el tema de la intención en la creación de una norma, Finnis en un principio se adentra en la moral, pues, según sus consideraciones, hay que preguntarse cuáles son las obligaciones morales y estipulaciones que deben mantener las personas que crean normas.

Según Finnis, esta consideración no puede ser atendida preguntándose cuál es su intención. Según este autor, el área legislativa no tiene espacio para las intenciones, en especial cuando pretende la modificación de obligaciones morales: las intenciones afectarían de forma seria la claridad y la certeza de la aplicación de las bases legales que persiguen el bien común (Finnis, 2011, pág. 335). Por lo tanto, estas intenciones no tienen relevancia moral que obligue a los ciudadanos. En tal sentido, Finnis considera que una mejor variable a la creación de normas en pro al bien común, es la práctica de la razonabilidad, en cuyo caso le sirve a la autoridad al momento de estipular las obligaciones legales. En tal sentido, me parece que, Finnis desarrolla con más profundidad el tema de la intención y que Rodolfo Vigo, al haber atendido lo que dice Finnis en publicaciones pasadas, conoce la labor de este autor, y sugiere que Vigo pudo haber desarrollado aún más el tema de la intencionalidad, basándose en teorías que ha mencionado, sin embargo, no lo hace y propone la racionalidad intencional sin establecer parámetros para su aplicación.

Ahora bien, cabe también enfocar el tema de la exigencia intencional al uso que pueden dar los legisladores. En tal sentido, este tema despierta poco convencimiento en la situación propuesta, porque estamos reflexionando sobre la intención de quien elabora la Ley, y que ésta debe ser elementalmente fijada por la ausencia de vicios en su intención.

Vigo habla de una intención que no sea deshonesto o inmoral, una intención que no refleje en el autor de la norma visibles cuestionamientos que terminen en una falta grave. Sin embargo, esto prevé varias situaciones a considerar, como, por ejemplo: ¿qué pasa si no se cumple con la exigencia de esta norma, pero termina siendo beneficiosa para los ciudadanos? Es decir, que a pesar de que una norma en su resultado conlleve a un bien social y sea efectiva en su práctica, igual debería ser considerada como inválida por la intención viciada de uno de los legisladores que participó en el proceso de elaboración. Este problema no solamente atiende la falta de parámetros para conocer la intención del legislador, sino que también prevé la afectación en la sociedad que puede efectuarse.

¿Pues invalidar una norma que beneficia a la sociedad no podría ir en contra del bien común o de la protección de las personas? Esta valoración de la intención más no en el producto podría ocasionar una inestabilidad en el sistema, por el hecho de que se tendría que investigar y analizar a cada uno de los legisladores.

Por otra parte, al revisar el requisito de racionalidad intencional, desde el enfoque a los legisladores, notamos que Vigo, no vincula esta exigencia con la racionalidad axiológica; por ende, nos planteamos la posibilidad de que estas dos puedan ser fusionadas. Es decir, que el tema de la racionalidad intencional termina en la idea de que el legislador debe mantener una intención que esté elementalmente guiada por la moral y la justicia, lo cual se vincula con la búsqueda del estudio de la moral y el evitar la injusticia extrema, ideas que fueron propuestas dentro de la racionalidad axiológica. No obstante Vigo, no se adentra en este tipo de razonamiento, ni fija diferencias entre estos dos requisitos. En tal sentido, se vislumbra que Rodolfo Vigo, propone una idea interesante al tratar el tema de la racionalidad intencional, pero su forma de proponerlo denota falta de desarrollo en ciertas áreas, lo cual genera problemas en la aplicación de este requisito.

De lo expuesto, se pueden colegir que a pesar de que puedan existir ciertas dudas que genera la investigación realizada por Vigo, se considera que su concepción de lo que es la validez de la norma jurídica y los requisitos para considerar una norma jurídicamente válida, abren una nueva visión, y asimismo, aporta conceptos enriquecidos por las ideas de varias tesis de diferentes posturas. Además, abre el campo de estudio y no solamente prevé requisitos para determinar si una norma es válida al momento de su creación, sino que introduce el tema de la vigencia de normas inválidas y la labor de los jueces con respecto a estas.

A pesar de su indudable valor, las once exigencias de racionalidad propuestas por Vigo no son perfectas y son propensas a críticas, en especial cuando se entabla el tema de la justificación axiológica y la racionalidad intencional, por el hecho de que no demuestran un sustento lo suficientemente elaborado para poder ser aplicadas en la práctica. Por lo cual, para poder demostrar cómo se desarrollan estas ideas, es necesario ponerlas en práctica a manera de ejemplo sobre una legislación que se encuentre vigente.

4.2 Análisis de la validez de la norma jurídica en Ecuador

En la actualidad, no existe un test que utilicen las autoridades para determinar la validez de una norma, lo cual genera imperfecciones en el sistema. Esto es, el tema de validez y vigencia que genera preguntas sobre si las normas validas según el derecho también se encuentran vigentes. Este tema nos lleva a cuestionarnos también, ¿Cuál es la consecuencia de que no se cumplan? En un principio es fácil remitir la respuesta a la invalidez de la norma, sin embargo, también hay que recordar que en el transcurso de la investigación pude advertir que existen normas que se encuentran vigentes pero que no son consideradas válidas, lo cual es ocasionado por la imperfección que tiene las posturas al trabajar de manera individual. Por ende, a pesar de mantener un gran conocimiento de cuáles son las exigencias y cuáles son los requisitos para determinar la validez, aun se demuestran que existen dudas sobre el tema de validez, y sobre los efectos de la suposición de invalidez de una norma jurídica.

Una forma de comprobar cómo funcionan estos requisitos sería ver cómo se desarrollan en la práctica. En el sentido de que no existe ningún reglamento para su aplicación y tampoco es obligación aplicarlos de forma taxativa, se puede comprobar con la aplicación de algunos de estos requisitos en la legislación vigente.

En definitiva, la investigación que he realizado sobre el tema en la obra de Rodrigo Vigo ha demostrado un acercamiento a lo que se necesita para que una norma se considere válida jurídicamente, hasta el punto de proponer requisitos para poder realizar un test de validez.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que Vigo, al proponer estos once requisitos, no presenta un proceso que ayude a las funciones del Estado⁴⁶ a determinar si una norma es válida o no. En tal sentido, este test puede ser utilizado para analizar leyes que se encuentran vigentes dentro del Ecuador; lo cual nos ayuda a atender si bajo los preceptos que Vigo propone, las leyes en Ecuador procuran guardar validez.

Como ejercicio de lo dicho, paso a revisar la Ley Orgánica de Comunicación, una ley que desde su promulgación ha generado una gran discusión y un gran número de

⁴⁶ En este caso, hablamos de la función legislativa y la función judicial. La función legislativa entra en virtud de que son ellos quien crean las normas y tiene que velar por la validez de estas en su creación. Y hacemos referencia a la función judicial en razón de que los jueces de la Corte Constitucional son quienes determinan si una norma que se encuentra vigente puede recaer en la invalidez.

controversias, por el entorno en el cual se maneja. En tal sentido se considera relevante analizar si las exigencias de Vigo se cumplen en esta ley.

No obstante, hay que tener en consideración que los requisitos que propone Rodolfo Vigo en su investigación, no sugieren que es obligatorio el cumplimiento de todos los requisitos, puesto a que el autor en ningún momento hace referencia a que todos los requisitos deban ser cumplidos para poder aseverar que una norma es válida⁴⁷.

Mi análisis es una valoración de la Ley Orgánica de Comunicación, que pretende enfocar la validez que tiene esta norma, bajo una estructura ya dispuesta, y por último se realizarán comentarios de la eficacia tanto de la norma, así como también del test de valoración. Por consiguiente, en primer lugar, el requisito que se nos propone analizar es el de la *racionalidad orgánica*, es decir aquel requisito que pide que la norma sea dictada por un órgano que tenga competencia para realizarlo. Por lo cual, la primera condición para conocer la validez es determinar si el órgano que la dictó tenía la competencia para expedir esta norma jurídica. El origen de la ley aplicado en la Ley Orgánica de Comunicación, nos lleva a encontrar que la autoridad que promulgó esta ley y incluyó en el ordenamiento jurídico ecuatoriano fue la Asamblea Nacional. Ahora bien, lo que concierne en este análisis es prever si la Asamblea Nacional tiene el poder legítimo para expedir esta norma.

Para ello, debemos investigar el poder legislativo que le otorga la Constitución. En el artículo 120, numeral 6, de la Constitución de la República del Ecuador, le otorga poder legislativo a la Asamblea Nacional para la expedición de leyes con carácter generalmente obligatorio⁴⁸. En tal sentido, esta ley cumple con el requisito de ser expedida por una autoridad competente, en razón que la Constitución es una norma superior que, de mayor jerarquía, que otorga el poder a la Asamblea Nacional para poder promulgar leyes, lo cual cumple con el primer requisito para la validez de la norma.

⁴⁷ No se considera pertinente revisar requisitos que fueron criticados como la racionalidad intencional. Porque hasta cierto punto, este requisito implica problemas de análisis, debido a que no existen parámetros adecuados para reconocer cual fue la intención del legislador al momento de crear la Ley Orgánica de Comunicación. Asimismo, no podemos reconocer si su intención estuvo viciada o no.

⁴⁸ “**Art. 120.**- La Asamblea Nacional tendrá las siguientes atribuciones y deberes, además de las que determine la ley... 6. Expedir, codificar, reformar y derogar las leyes, e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio.”

Otro requisito relevante para mencionar para determinar si la Ley Orgánica de Comunicación es válida bajo el precepto del test de validez, es la *racionalidad procedimental*. Este tipo de racionalidad supone que una norma es válida siempre que haya cumplido el proceso legal para su creación. El procedimiento de la ley mencionada, se llevó a cabo bajo el artículo 134 de la Constitución de la República del Ecuador, cumpliendo con lo que dictaminan las leyes; de tal forma que se cumplió el requisito de racionalidad procedimental.

No obstante, no todos los requisitos son fáciles de cumplir, en tal sentido, cabe mencionar también la evaluación del cumplimiento con la *racionalidad sistemática*, aquella que propone que las leyes se integren a un ordenamiento jurídico. Este requisito, propone que, para que una norma sea válida, debe tener coherencia con el ordenamiento jurídico. No basta con que el origen sea válido, sino que las normas deben tener funcionalidad entre sí. En el caso de que este requisito no se cumpla terminaría generando un sistema disfuncional, porque se volverían normas incapaces de ser ejecutadas. En tal sentido, los ciudadanos tienen la potestad de aducir la inconstitucionalidad de las normas que consideren que no son compatibles y el órgano que se encarga de avalar esta inconstitucionalidad es la Corte Constitucional, lo que se constata en su base legal en el artículo 113 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional⁴⁹.

Ahora bien, la Ley Orgánica de Comunicación entró en vigencia en 2013, empero, para los años 2013 y 2014 ya mantenía tres acciones de inconstitucionalidad en su contra ante la Corte Constitucional. De estos casos⁵⁰ surgió una resolución que indicó efectivamente que existían normas dentro de esta ley que eran incompatibles con la Constitución de la República del Ecuador. Por consiguiente, la Corte declaró la inconstitucionalidad de 3 artículos⁵¹ de la Ley Orgánica de Comunicación, no obstante,

⁴⁹ “Art. 113.- Regla general. - La Corte Constitucional ejercerá el control constitucional formal y material sobre las normas legales de origen parlamentario que hayan sido impugnadas a través de una demanda de inconstitucionalidad.”

⁵⁰ Caso No. 0014-13-IN; Caso No. 0023-13-IN; caso No. 0028-13-IN

⁵¹ Se declaró la inconstitucionalidad el artículo 2, por la frase “que residen de manera regular” y se ordenó sustituirla por “que se encuentren;” disponiendo de esta forma que el artículo continúe vigente una vez realizada la sustitución. También declaró la inconstitucionalidad del artículo 56 numeral 3, y dispuso que se incorpora la frase “respecto de la actividad comunicacional y de conformidad con la ley”, de tal forma

esto también implica que negó la mayoría de los argumentos de inconstitucionalidad propuestos por los accionantes.

En síntesis, esta ley no cumplía con el requisito de racionalidad sistemática, en razón de no ser compatible con la norma suprema del Estado y con tratados internacionales.

Por otra parte, también es pertinente enfocarnos en la *racionalidad lógica lingüística*, la cual implica que la norma sea creada para la comprensión del destinatario.

La Ley Orgánica de Comunicación en un principio mantuvo un problema en cuanto al lenguaje, lo cual también fue una de las razones por lo que su artículo dos fue objeto de análisis por la Corte Constitucional⁵². Este artículo generaba problemas porque excluía la igualdad y derechos de las personas extranjeras, generando dudas de quienes eran las personas titulares de los derechos de esta ley. De tal forma, se puede llegar a colegir que esta normativa presentaba un lenguaje que no solamente generabas dudas en el lector, sino que también a la forma de tratar de interpretarlo y que excluía derechos como el de igualdad. Es decir, contenía normas que contradecían a derechos reconocidos en la Constitución. Por ende, se considera que, dentro de esta exigencia, según el test de validez, esta norma no cumple con los parámetros expuestos.

Para sintetizar, este breve análisis de la Ley Orgánica de Comunicación pretende ser un acercamiento de la teoría de Vigo a la práctica. La conclusión a la que he llegado es que un concepto de validez jurídica estable e inequívoco aún no existe. El problema sigue presente, no existe un concepto de validez que ayude a tener normas vigentes y racionales, lo cual llega a recaer en el hecho de exista normas que sean vigentes pero que sea irracionales y por tanto inválidas

A pesar de la conclusión de este ejercicio, confirmo que, la propuesta realizada por Vigo es uno de los primeros acercamientos que permite conocer a profundidad una perspectiva de conceptualización de validez de la norma jurídica.

que el artículo continuara vigente una vez realizada la incorporación. Y por último declaró la constitucionalidad condicionada del artículo 10 numeral 4 literal i, la cual deberá mantener la interpretación comentada por la Corte en la resolución.

⁵² Resolución de la Corte Constitucional No. 3, ROS 346 de 2 de Octubre del 201430.

CAPÍTULO V

5.1 Marco Metodológico.

La presente investigación tiene un enfoque cualitativo, el cual permite mantener la subjetividad del tema y facilita el análisis de la validez de la norma jurídica según la perspectiva de Rodolfo Vigo. Este enfoque abre paso a la subjetividad que permite tomar en cuenta la perspectiva y sirve como instrumento de recolección de datos, teniendo en cuenta que la relación del proceso de investigación deberá mantener presente el análisis del pensamiento de Rodolfo Vigo y su obra “*Un concepto de validez jurídica funcional al rule of law*”. Por lo tanto, el diálogo y la racionalidad formal sirven a la sustentación lógica de esta investigación, por medio de un análisis crítico de la postura de Rodolfo Vigo.

Considero que el enfoque cualitativo es el más adecuado para utilizar dentro de la presente investigación. En tal sentido, considero que la aproximación adecuada a la presente investigación es un método descriptivo, el cual manifiesta y determina el trasfondo del trabajo de Rodolfo Vigo, destacando los diferentes trabajos que ha realizado el autor para formular sus propias convicciones en temas como la validez jurídica, el iusnaturalismo, el neoconstitucionalismo, entre otros.

Al mismo tiempo, el método me ha permitido introducir una crítica a los requisitos mencionados por Rodolfo Vigo, y una aproximación a cómo éstos son aplicados en las leyes ecuatorianas.

CAPÍTULO VI

6.1 Recomendaciones

La presente investigación denota como tema principal la validez de la norma jurídica, y demuestra que existe falta de una base sólida para la definición de un concepto de validez jurídica de la norma que sea estable. Por lo que se ha abarcado la investigación que ha realizado Rodolfo Vigo, en consideración a tener un acercamiento a la conceptualización de este término bajo un nuevo punto de vista. No obstante, no se convierte en un tema que no es propenso a críticas. Pues en relación al trabajo que ha

hecho Vigo, nos encontramos con dudas que aparecen con respecto a la racionalidad axiológica y la racionalidad intencional. Sin embargo, gracias a este mismo trabajo, nos percatamos que existe una falta de parámetros cuando establecemos el tema de la validez de una norma jurídica. Es decir, no existe una guía⁵³ aceptada universalmente que detalle cuales son los parámetros que se deben seguir para establecer la validez jurídica de una norma.

Por otra parte, nos percatamos que el tema de validez jurídica de la norma se atiende principalmente desde la función legislativa, porque alude a la creación de las normas y la estructura que debe de seguir para emitir normas a los ciudadanos que sean válidas e irrefutables. No obstante, a lo largo de la investigación y bajo el precepto que fue analizado desde la perspectiva de Rodolfo Vigo, podemos aludir a la idea de que no solamente se puede atribuir el tema de validez al órgano encargado de la creación de las leyes, sino que también puede ser previsto desde la función judicial. Pues los jueces también guardan la labor de mantener al margen aquellas normas que no son validez y en caso de ser necesario declararlas inconstitucionales. Por ende, se puede colegir que no solamente el tema de validez de la norma jurídica es aplicado en su creación, sino que posterior a esta, existen órganos del Estado que deben aplicar un control sobre estas normas para evitar afectaciones en la sociedad.

Del análisis realizado a una de las leyes ecuatorianas, se puede inferir que la regulación en la creación de las normas que existe en Ecuador, es en gran parte pobre, puesto a que trata solamente de asegurar un proceso de para la creación de la norma, pero no existe ningún reglamento interno que posea requisitos sobre la norma en sí. Es decir, que no existe ninguna regulación en cuanto al tema de validez normativa jurídica al momento de crear las normas, sino que aquella regulación sobre la validez de la norma puede ser atendida posterior a su promulgación, lo que genera el problema ya atendido

⁵³ Al atender este tema de una guía sobre la validez jurídica de una norma, podemos percatar que si existen algunos autores, como por ejemplo, Rodolfo Vigo, que han tratado de realizar una lista de parámetros o requisitos a seguir para poder declarar la validez de una norma; empero, ninguno es aceptado universalmente. En cuanto a la jurisprudencia ecuatoriana, la Corte Constitucional no se ha pronunciado sobre una guía que direcciona a los jueces y a los legisladores en el tema de la validez de una norma jurídica.

en esta investigación ⁵⁴. Por lo que, es relevante la creación de un reglamento interno que no solamente atiende el tema del proceso de creación de la norma, sino que genere requisitos sobre la norma en sí.

6.2 Conclusiones

En conclusión, el concepto de validez de la norma jurídica es uno que genera muchos debates y discusiones por la falta de claridad y por el ámbito de su aplicación. Como hemos visto, el término validez jurídica no ha llegado a sintetizar una conceptualización única y universal utilizada por todos los filósofos, sin margen de error alguno. Es decir, no existe una base que sea estable para definir un concepto de validez que sea irrefutable. En tal sentido, para poder analizar este tema a profundidad se toma como punto de partida el primer acercamiento notorio a la validez de la norma realizado por Hans Kelsen, pues, bajo la Teoría Pura del Derecho se formula una idea central que nos permite adentrarnos al concepto de validez jurídica. Bajo una visión positivista, Kelsen sostiene que una norma será válida bajo reglas y métodos determinados. No obstante, esta teoría es criticada por varios de sus discípulos por ser considerada como incompleta. Y bajo la luz de esta conceptualización incompleta, aparece Rodolfo Vigo quien pretende formular una teoría que no se reduce a corroborar la creación de la norma.

Rodolfo Vigo propone un marco de racionalidad y argumentación, que incluyen once exigencias para definir la validez de una norma. Este marco es donde se define la validez jurídica e instala la existencia de la norma dentro de la justificación racional, en pro de la comprensión por parte del destinatario. Mantener esta idea de validez permite afianzar la idea de exigir a las autoridades un pensamiento lógico y fundamentado, que evite las dificultades que facilitan las arbitrariedades, y moraliza el ejercicio del poder racional. Es aquí donde Vigo defiende que existe la exigencia sobre todo de dar razones sobre lo que impone la autoridad hacia los ciudadanos. Su propuesta se propone evitar que las autoridades creen normas irracionales que pongan en duda y negación a sus destinatarios.

Así, la investigación que realizó defiende la definición de validez que es funcional a los derechos de las personas y al imperio de la ley. De tal forma que Vigo considera relevante reunir ideas del realismo jurídico clásico, para hablar del derecho natural y respetar las once exigencias indicadas. En definitiva, puede considerarse una combinación entre el

⁵⁴ La existencia de normas no válidas que se encuentran vigentes.

derecho natural y el derecho positivo, donde se define racionalmente lo mejor posible para que una norma jurídica sea válida. Por lo que Vigo intenta dar justificación racional a la validez y conciliar la idea de la obligatoriedad de las normas jurídicas.

De tal forma, que, una vez estudiado la percepción de Rodolfo Vigo por conceptualizar la validez de la norma jurídica. Vigo, se ubica esencialmente en una postura iusnaturalista, lo cual genera interés porque al tratar el tema de la validez de la norma jurídica, dialoga con diferentes posturas para argumentar su noción.

Este método conduce a la revisión de las dos posturas, y a la identificación de sus coincidencias y diferencias. Y, en definitiva, se constata que ambas mantienen aportes, pero al no ser utilizados conjuntamente, demuestran un mismo defecto: las normas gravemente irracionales que recaen en lo inválido, pero que siguen estando vigentes., lo cual debería ser jurídicamente inadmisibles en un sistema jurídico.

En tal sentido observamos que el acercamiento por parte de Rodolfo Vigo dirigido a sustentar el concepto de validez jurídica por medio del realismo clásico y el neoconstitucionalismo no positivista crea una discusión entre tendencias antiguas y actuales, acercamiento que muy pocos autores realizan.

Asimismo, se realiza un análisis de lo estudiado y propuesto por Vigo. . En un principio se advierte que el filósofo argentino atiende de forma especial y con interés el tema de validez, desde su experiencia judicial, ya que Vigo cumplió con la labor de juez constitucional, por ende, ese interés en el tema se da debido a que él comprende el trabajo de fondo y las dudas que surgen sobre la validez. Entre estas dudas nos adentramos en el nacimiento de dos problemas: la justificación axiológica y la racionalidad intencional.

Nos parece inadecuado incluir La racionalidad intencional como uno de los requisitos que Vigo, puesto que se considera imposible conocer en su totalidad las intenciones que tiene las autoridades públicas y si éstas se encuentran libres de cualquier vicio que termine convirtiendo a la norma en inválida.

A pesar de las dudas y críticas realizadas en el análisis, se considera que la forma en que Vigo, realiza su acercamiento a la noción de validez de la norma jurídica, permite la adquisición de un concepto enriquecido, pues no se estanca en una postura y permite la adquisición de conocimientos nuevos de diferentes teorías que ayudan a mejorar su visión sobre el tema.

Por otra parte, se realizó un análisis de la Ley Orgánica de Comunicación, bajo los preceptos de Rodolfo Vigo establecidos como requisitos para afirmar si una norma es válida o no. Este análisis pretendió demostrar la aplicación de algunos de estos reos en una Ley ecuatoriana.

El análisis llevó a identificar falencias en un resultado inválido bajo ciertos requisitos, especialmente en los de racionalidad sistemática y racionalidad lógica lingüística. Demostrando así, que las normas ecuatorianas aun manejan esa deficiencia de no aplicar un test de validez jurídica de las normas que permitan prevenir este fenómeno.

Referencias Bibliográficas

- Pinto, J. D. (1990). Sobre la Vigencia y la Validez de las Normas Jurídicas. *DOXA*, 101-167.
- Peña, A. (1999). Validez y vigencia de las normas: algunas precisiones conceptuales. *Anuario de filosofía del derecho*(16), 99-120.
- Iturralde, V. (2008). Reflexiones sobre los conceptos de validez y existencia de las normas jurídicas. *DOXA*(31), 158-175.
- Alexy, R. (1997). *El concepto y la validez del derecho*. (S. edición, Ed., & J. Seña, Trad.) Barcelona, España: Gedisa.
- Nino, C. (1985). *La validez del derecho*. Buenos Aires: Colección Mayor Filosofía y Derecho.
- Hervada, J. (1984). Realismo Jurídico Clasico. 281-300.
- Lachance, L. (1953). *Scientia moralis docet hominis sit bona ex hoc quod et secundum ratio- nem ractam...* (F. N. Cuevillas, Trad.) Buenos Aires.

- Olgíatti, F. (1977). El concepto de juridicidad en Santo Tomás de Aquino. (J. A. Páramo, Ed., & Diorki, Trad.) 51 y 339.
- Prieto, L. (2011). Ferrajoli y el neoconstitucionalismo principalista. *DOXA* (34), 229-244.
- Vigo, R. (2010). *Las Causas del Derecho*, Argentina: Abeledo Perrot S.A
- Vigo, R. (2014). Un concepto de validez jurídica funcional al rule of law. *ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO*(XX), 701-726.
- García, E. A. (1984). *La interpretación de la Constitución*. Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales.
- Brugger, W. (1953). *Diccionario de Filosofía*. (C. Velez, Trad.) Barcelona: Herder.
- Alexy, R. (1996). *Ley fundamental y teoría del discurso*. (L. C. Nancy Cardinaux, Ed., & D. Oliver-Lalana, Trad.) Buenos Aires: Facultad de Derecho-UBA.
- Wright, G. v. (2007). *El imperio de la ley*. Madrid: Trotta.
- Alexy, R. (2006). *En torno al concepto y la naturaleza del derecho*. (C. B. Pulido, Trad.) Madrid: Marcial Pons.
- Atienza, M. (2011). *El sentido del derecho*. Barcelona: Ariel.
- Ramírez, S. (1978). *La prudencia*. Madrid: Biblioteca Palabra.
- Kelsen, H. (2009). *Teoría Pura del Derecho* (4ta ed.). (M. Nilve, Trad.) Buenos Aires, Argentina: Eudeba.
- Bobbio, N. (2007). *Teoría General del Derecho* (3era revisada y corregida ed.). (J. Guerrero, Trad.) Bogotá, Colombia: TEMIS S.A.
- Hart, H. L. (2012). *El Concepto de Derecho* (3era segunda reimpression ed.). (G. Carrió, Trad.) Buenos Aires , Argentina : Abeledo Perrot S.A.
- Dworkin, R. (2012). *Los Derechos En Serio* (1era en esta presentación ed.). Barcelona, España: Editorial Ariel S.A.
- Nino, C. S. (2017). *Introducción al Análisis del Derecho* (2ed 15ava reimpression ed.). Buenos Aires, Argentina: ASTREA.
- Ross, A. (2006). *El Concepto de Validez y Otros Ensayos*. Buenos Aires, Argentina: Distribuidores Fontamara S.A.
- Atienza, M. (2016). *Las razones del Derecho*. (P. Grández, Ed.) Lima, Perú: Palestra Editores.

- Vigo, R. (2016). *Iusnaturalismo y Neoconstitucionalismo*. Mexico D.F., México: Editorial Porrúa.
- Porciello, A. (2019). *En los orígenes del neocnstitucionalismo*. Lima, Perú: Palestra Editores.
- Ferrajoli, L. (2000). *El garantismo y la filosofía del derecho*. Colombia: Universidad de Externado.
- Vigo, R. (2019). *El Neoconstitucionalismo Iuspositivista-crítico de Luigi Ferrajoli*. Buenos Aires, Argentina: Marcial Pons Argentina S.A.
- Navarra. (2000). La institucionalización de la razón. *Persona y Derecho*, 43.
- Viola, F. (2017). *Rule of Law. El Gobierno de la Ley, Ayer y Hoy*. (Y. Tornero, Trad.) IIMA: Palestra Editores S.A.C.
- Pereira, A. (2010). *El ejemplo constitucional de Inglaterra*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Constitución de la República del Ecuador. (2008). *Constitución*. Ecuador: Lexis.
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. (2009). *Asamblea Nacional*. Quito: Lexis.
- Esquivel, J. (2011). *Kelsen y Ross Formalismo y Realismo en la Teoría del Derecho*. México: Ediciones COyoacán.
- Navarro, P. (2016). *Kelsen y la eficacia del derecho*. México: Distribuciones Fontamara S.A.
- Perez, C. (2018). *Tres enfoques sobre la coerción: Austin, Hart y Kelsen*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Roman, M. (2015). Los Derechos Humanos en el pensamiento de Norberto Bobbio. *INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS "BARTOLOMÉ DE LAS CASAS"*, 302.
- Cotta, S. (1962). Diritto naturale e diritto positivo. *Iustitia*.
- García, A. (2011). Sergio Cotta y su análisis del Derecho. *Revista jurídica Universidad Católica Santiago de Guayaquil*, 11-239.
- Atienza, M. (2019). *Argumentación Legislativa*. Buenos Aires: Astrea.
- Washburn, J. (2010). EL PAPEL DE LA RAZÓN EN LA MORALIDAD: EL CASO DE LA ÉTICA ABELARDIANA. *Ideas y Valores*, 73-108.

- Alexy, R. (2001). Una defensa de la fórmula de Radbruch. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Coruña*(5), 75-96.
- Vigo, R. (2007). *Ética y Responsabilidad Judicial*. Santa Fe: Rubanzai.
- Vigo, R. (2001). ¿Cuándo una norma jurídica es válida? *La Ley*, 201-241.
- Finnis, J. (2011). *Natural Law and Natural Rights*. New York: Oxford University Press.
- Delgado, J. (2012). *El voluntarismo de Hans Kelsen y su concepción del orden jurídico como un sistema normativo dinámico*. Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Ross, A. (2014). *El concepto de validez y otros ensayos*. México, D.F.: México: Fontamara.
- Kunz, J. (1998). FILOSOFÍA DEL DERECHO DE ALFRED VERDROSS. *Diánoia*, 8(8), 209-225.
- Castro, A. (1987). Teoría del Derecho y Derecho subjetivo en Alf Ross. *Dialnet*, 279-302.
- Ross, A. (1961). *Hacia una ciencia realista*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Vernengo, R. (2021). Validez y verdad en la Teoría general de las normas, de Hans Kelsen. *Corrientes y Problemas en Filosofía del Derecho*, 25(1), 13-28.
- Schmill, U. (2010). Hans Kelsen. Aportaciones teóricas de la teoría pura del Derecho. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*,(33), 17-36.
- Rodilla, M. Á. (2005). Dinamismo y coactividad sobre una incongruencia en la teoría pura del derecho. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*(28), 183-220.
- Alexy, R. (1992). *Begriff und Geltung des Rechts*. München: Alber.