

Eficacia, vigencia y positividad de la norma

Effectiveness, force and positivity of the norm

Luz Mireya Mendieta Pineda*
Carlos Arturo Parra Calixto**

Resumen

Es preciso, de una vez por todas, conocer, analizar y comprender la razón de ser de la creación de una norma, es decir, del porqué debemos estar enmarcados dentro de unas reglas de comportamiento y del porqué de la necesidad de hacerles seguimiento y ajustes a las mismas. Asimismo es importante tratar de determinar cuál ha sido el grado de moralidad de los actores en la concreción de la norma y mirar si existió o existe posibilidad distinta de la que se nos ha impuesto.

Palabras clave

Eficacia, vigencia, positividad, norma.

Abstract

It is necessary, once and for all, learn, analyze and understand the reason for the creation of a rule, it means, why we must be framed within the rules of behavior and why the need to follow-up and make adjustments to them.

* Abogada Universidad Libre de Colombia, con Especialización en Instituciones Jurídico Penales, Maestría en Derecho procesal, y candidata a Doctor en Derecho, en la Universidad Libre de Colombia, Bogotá. Profesor de planta de la Facultad de Derecho de la UPTC.

** Abogado Universidad Inca de Colombia, con Especialización en Instituciones Jurídico Penales, Maestría en Derecho procesal.

It is also important to try to determine what has been the degree of morality of the actors in the specification of the standard and see if it existed or exists another possibility than that has been imposed on us.

Key words

Effectiveness, force, positivity, norm.

Introducción

Este ensayo es extractado de algunas lecturas sucintas efectuadas sobre autores como Hans Kelsen, Hart, y Gregorio Robles, quienes, dicho sea de paso, presentan de manera convergente, aunque desde su arista, los conceptos de eficacia, vigencia y positividad de la norma, la cual, desde nuestro punto de vista, es elevada a la categoría de patrón, y, a su turno, es el resultado de la observación de una comunidad por el desarrollo constante de unos hábitos primarios, luego estatuidos como costumbre hasta llegar a ser una pauta de comportamiento que, a su vez, tiene y debe ser observada constantemente para adecuarla a las nuevas situaciones vividas por el colectivo en general.

Comenzamos en el cuerpo del ensayo con la circunstancia elemental que tenemos todos los seres racionales para reconocer y adaptarnos a un ambiente inesperado, de ahí en adelante ser receptores de unos hábitos y costumbres hasta descubrir la norma que consagra un precepto y una consecuencia que nos coarta por completo del concepto puro de libertad. Luego nos referimos a situaciones actuales que suceden dentro de nuestro territorio patrio, mostrando cómo se tiene que adaptar la comunidad en general a una nueva necesidad de ajuste de la norma y cuál es el seguimiento y control que se le hace hasta concluir que nuestras normas, y como ocurre en otras latitudes aparentemente más avanzadas, tiene la supervisión y acoplamiento a las mismas situaciones.

Eficacia, vigencia y positividad de la norma

El presente de las personas está enmarcado por una inmensa gratitud a sus antepasados y, por ende, el futuro de las generaciones venideras también será regido por el agradecimiento a la generación presente. Cada ciclo de vida es en sí una forma de adaptabilidad a unos hábitos, unas costumbres y unas pautas de comportamiento. Ello es imprescindible en el mundo de los seres racionales vivientes que, inexorablemente por la misma naturaleza, son sociables. De ahí que hagamos eco a la frase común “la vida es una sola pero con diferentes actores”, agregamos, pero en grado de adaptabilidad.

El ser humano desde que nace desarrolla su natural instinto de adaptación -respirar, sentir, etc.-, y de supervivencia -amamantarse, refugiarse, oler, etc.-, poco después recibe la influencia de su familia, para adoptar unos parámetros corroborados de longevidad; más adelante, y motivado por el mismo grupo de personas, acepta unos hábitos de convivencia y así sucesivamente hasta descubrir algunas costumbres no solamente particularizadas en su núcleo primario sino en la colectividad secundaria, de tal manera que cuando por iniciativa propia trata de cambiar esos hábitos y costumbres referenciados, es conminado, no solo por sus consanguíneos, sino por

sus coterráneos, copartidarios, etc., para que se ajuste a esa regularidad. Ese encauzamiento a la normalidad es lo que distintos autores han denominado como el reproche a la anormalidad, lo cual es erigido a una norma de convivencia positiva.

Son innumerables los comportamientos humanos que han sido elevados a la categoría de norma y de estricto acatamiento, pero no todos los seres racionales, al mismo tiempo están en el mismo sitio o latitud, ejecutando las distintas conductas elevadas a pautas de convivencia, sin que ello signifique su falta de vigencia, su desactualización o su inoperancia. Esas pautas o normas de convivencia se hacen evidentes en su realización en cualquier instante, es decir, cuando en un punto determinado y en momento dado, alguien transgrede el concepto elevado a la categoría de norma, luego se significa que la norma es perenne y la conducta es esporádica en virtud de una sinopsis circunstancial.

La aplicabilidad de una reacción social frente a un comportamiento inesperado por alguien que en pretéritas ocasiones acató en estricto rigor el hábito, la costumbre, e incluida, la pauta o norma de convivencia pacífica, es motivo de alarma en el excedente colectivo para seguir acatando en forma simple y llana, tales situaciones, pues de suyo, por esa reacción, les queda claro cuáles son las consecuencias adversas que se les avecina.

Esa adaptabilidad del ser humano desde el instante de su aparición y de ahí en adelante en el decurso de su crecimiento hasta llegar a entender y desarrollar un libre comportamiento, debe estar, como en efecto lo es, enmarcado por principios de tolerancia, convivencia, aceptabilidad e incluido el desprecio a ejecutar conductas negativas. Por ello se hizo indispensable, que esos hábitos, costumbres, pautas y normas de convivencia, fueran condensados dentro de un ordenamiento jurídico positivo.

Bajo dichas perspectivas, y en gracia de discusión, podemos decir que fuimos aleccionados con el carácter de obligatoriedad, que quien trasgreda el bien jurídico a la integridad física o a la vida durante el desarrollo de una actividad peligrosa, como conducir un vehículo automotor bajo los efectos del consumo de alcohol, que de ser demostradas tales situaciones, debe responder a título de culpa. Por décadas se entendió y aplicó tal precepto y tal reproche, pero, teniendo en cuenta que ese mismo comportamiento, por su constante repetitividad y sanción, que dicho sea de paso, fue y es ínfima, surgió la necesidad de optimizar el reproche a través de otra figura jurídica de responsabilidad, la cual se venía desarrollando en los diferentes medios de comunicación y que, como en la mayoría de los casos, sin dimensionarse su alcance futuro, en forma lenta pero constante, cumplió el cometido inesperado de optimizar a través de enseñanzas pedagógicas (como, si va a ingerir tal sustancia, no desarrolle tal actividad), la cual ha calado en el conglomerado no solamente

como una forma jocosa de invitar al esparcimiento sano, sino como un verdadero desvalor, a tal punto que el máximo tribunal de justicia frente a una situación como la que tratamos, aceptó radicalmente el precedente sin que se torne en norma prohibitiva, pero, con un mayor grado de reproche, de manera que desde su primera manifestación, ya se entiende como pauta de un nuevo comportamiento.

La implementación del patrón de conducta citado, junto con su reproche, como ocurre con todo cambio, obviamente tiene, como en efecto ha ocurrido con muchas otras alteraciones, algún grado de resistencia, hasta tanto sea aceptada la consecuencia por un número considerable de transgresores, sin que ello implique que su validez no esté dada desde su prescripción inicial. Esa validez, resaltamos, que se hace efectiva por vía impositiva y particularizada, tendrá, más temprano que tarde, el efecto expansionista dentro de la comunidad, la cual, ante la consecuencia, tendrá que adoptar nuevas formas de proceder.

Insistimos frente al término resistencia, pues esta circunstancia no solamente se da en la aceptación de la comunidad en general como se anotó arriba, sino que también aparece en el operador judicial cuando actúa de forma pusilánime, como sorpresivamente ocurrió en el hecho que fue publicitado por los diferentes medios de comunicación en el que estuvo comprometido un burgomaestre provincial, a quien, pese a lo cometido, no se le aplicó la consecuencia que la máxima corporación sancionadora sí impuso al resolver un caso en el que estuvo comprometido un ciudadano del común.

Con lo anterior queremos decir que es indispensable efectuar un seguimiento a la vigencia y grado de aceptación de las distintas imposiciones de las que tratamos, ya que no todos los acontecimientos y sanciones conllevan al mismo desenlace, y bajo dicha perspectiva, la promulgación de una nueva norma de comportamiento debe tener unos márgenes de flexibilidad en la que puedan encajar el máximo de alternativas posibles, ya que prescindir de esto, la creación de normas de derecho, la interpretación que debe hacerse, así como la censura social obligatoria y otras tantas similares, acabarían con la esencia misma de su filosofía y demás ciencias afines por cuanto todo sería rígido o exacto como las ciencias numéricas.

Nos encontraríamos así directamente ante dos clases de controles, el judicial y el de la colectividad en general, el primero buscando determinar la vigencia y efectividad de sus directrices marcadas, no solamente en el sentido como se debe entender un precepto sustantivo sancionatorio o el alcance que se le debe dar a un nuevo precedente respecto de una constante conculcación de un bien jurídico tutelado; el segundo, dirigido a determinar bien el retroceso o avance que la sociedad concede a un determinado comportamiento elevado a la categoría de conducta y que en su diario devenir advierte directamente.

No sobra advertir que en los dos extremos de control acotados debe existir intrínsecamente un alto grado de moralidad por quienes lo ejecutan, aunque en su exteriorización cotidiana no se haga, salvo las inesperadas flagrancias, para tener por sentado sin equívoco o fluctuación alguna, la vigencia y eficacia de la implantación de patrones de conducta. Ejemplo claro de ello se presentó pocos meses atrás cuando un togado de las lides jurídicas de quien se avizoraba pulcritud por el respeto de las mismas, en latitud distinta rayaba contra la profesión, siendo reprochado su proceder en el escenario mayor de la operatividad jurídica sin alternativa distinta a la que se exige a un probo de dicha ciencia, desviación que por su socialización con las marcadas excepciones, debió y debe ser ejemplo de seguimiento por los probos de otras ciencias y no esperar a que ocurra su involucramiento sancionador para exteriorizar su arrepentimiento, reconocer el error y por último provocar en todo el engranaje una mutación de responsable a víctima.

Generada toda una cultura jurídica que regula internamente unos parámetros de convivencia, se hace creer en el colectivo general la idea de estar desarrollándose el máximo ideal de convivencia y control logrado, olvidando de paso que en otras formas de organización se aplican parámetros similares con, en la mayoría de casos, mejores resultados, tal como acontece cuando miramos el progreso cultural, económico, etc., de nuestros departamentos y concluimos al unísono que el Chocó es el menos acoplado, como si no se tratara de una sola regla de organización. De ahí que cuando se intenta entronizar una de esas formas de cultura se nos condicione hasta tanto no se ajusten ciertas conductas internas a la par con las que se nos muestran, tal y como sucede con el ya prolongado intento de tener un libre comercio con el país del norte, lo cual significa que existe, quiérase o no, una especie de control supra externo de nuestras normas sustantivas sin tener siquiera el más mínimo interés de exigir todo lo contrario o, al menos, hacer entender y comprender que se respeten nuestras pautas establecidas, cuya génesis fue la lenta pero continua observación de todos los que integramos esta patria.

Esa exigencia de adaptabilidad no solo ocurre en Occidente sino que se ve hoy en día con mayor rigor en el Medio Oriente, donde no solo existe el indeclinable deseo de derrocar uno o varios gobiernos y sistemas de organización sino de imponer normas con visos de conveniencia y que en el fondo tenga, como ha ocurrido en muchos otros puntos cardinales, imposición de economía, cultura, costumbres, hábitos, normas positivas, en fin, dominio total en todos los aspectos, generando de paso una inseguridad jurídica por la connivencia de dos normas reguladoras, la una en descenso o desuso y la otra en auge, hasta que encuentren un punto de equilibrio para así generar las bases de aceptación en la mayoría de la comunidad, a fin de tenerlas y aplicarlas en futuros impases generales o particulares.

Bajo dichos referentes sociológicos resulta incómodo, por decir lo menos, que

exista en cada ser en particular, no solo un autocontrol, sino un control y seguimiento por el resto de sus congéneres que, a la postre, van a decidir la forma de comportarnos alejando implícitamente el concepto puro de libertad.

Todo esto, desde su perspectiva, ha sido conceptualizado por Hans Kelsen, H. L. A. Hart y Gregorio Robles, entre otros.

El profesor Gregorio Robles¹, al tratar el tema de vigencia, positividad y eficacia del derecho indica “la existencia social del derecho, su “estar-ahí” social tiene un nombre muy apropiado en español: vigencia”. Este término lo relaciona como un sinónimo de existencia social del derecho y agrega que un ordenamiento está vigente cuando es un hecho que sus normas rigen la vida colectiva de la sociedad, cuando es un hecho que sus normas se cumplen y se aplican.

Hans Kelsen² al respecto dice: “la vigencia de la norma (...) pertenece al orden del deber ser, y no al orden del ser. Vigencia, significa la existencia específica de la norma; eficacia es el acto de que la norma es efectivamente aplicada y seguida; la circunstancia de que una conducta humana conforme a la norma se verifica en el orden de los hechos. Kelsen da una nítida prevalencia a la vigencia, desde que entiende que ésta pertenece al orden del deber ser, es decir, de la norma como objeto del derecho, en cuanto la eficacia pertenece al orden del ser, de los hechos; pero cree que un mínimo de eficacia es condición de la vigencia de la norma. Una norma jurídica, sin embargo, entra en vigor antes de volverse eficaz, es decir antes de ser seguida y aplicada”.

La positividad para Kelsen significa, “la realidad empírica de la experiencia, existencia como presencia del derecho; la positividad del derecho expresa la característica de un derecho que rige, en concreto, la conducta humana, mediante normas bilaterales y atributivas, socialmente puestas; puede ser histórica como actual, se opone al derecho natural”.

“Distingue la validez y la obligatoriedad por la existencia de normas secundarias que no imponen obligaciones, sino que confieren potestades o permiten identificar las normas del sistema. Siempre que alguien está obligado a hacer algo, implica la existencia de una regla, pero no al revés. La regla de reconocimiento establece cuáles son las fuentes de producción normativa y cuál es el alcance de las reglas del sistema jurídico. Además, a la vez que dota de unidad y coherencia al sistema

¹ Catedrático de Filosofía del Derecho. Autor de Sociología del derecho. S.I.: Civitas, s.f.

² Pensador jurídico y político austriaco (Praga, 1881; Berkeley, California, 1973). Profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad de Viena desde 1917, fue uno de los principales autores de la Constitución republicana y democrática que se dio Austria en 1920.

jurídico, determina cuáles son, en un momento dado, las obligaciones jurídicas válidas y exigibles dentro de la comunidad. Dentro de la categoría de las reglas sociales se encuentran contenidas las que dan lugar a obligaciones o deberes. Son pautas aceptadas de comportamiento y valoración de conductas que se dan cuando: a) “La exigencia general a favor de la conformidad es insistente, y la presión social ejercida sobre quienes se desvían o amenazan con hacerlo es grande. La presión puede ir desde meras reacciones críticas hasta sanciones físicas organizadas. En el primer caso, y si se limita a cierto sentimiento o remordimiento, puede ser una norma moral y, en el segundo caso, se trata de una norma jurídica (se trata sólo de un indicio de distinción entre el Derecho y la Moral); b) se las estima valiosas o importantes “porque se las cree necesarias para la preservación de la vida social o de algún aspecto de la misma al que se atribuye gran valor” es decir, son importantes y necesarias para la realización de ciertos fines; c) su cumplimiento suele producir cierto sacrificio o renuncia, ya que aunque la conducta es beneficiosa para la comunidad, puede chocar con los intereses del individuo”.

“La regla de reconocimiento es fundamento de la validez jurídica porque dota de sentido a la noción de validez. Hart hace depender la validez de cada norma jurídica no de otra y así sucesivamente de forma indirecta, sino que la validez de cada norma jurídica depende directamente de la existencia de la regla de reconocimiento. De la regla de reconocimiento no se puede predicar su validez o invalidez, ni tampoco señalar que su validez se presupone, ya que esto significaría tanto “como decir que damos por admitido pero no podemos demostrar que el metro de París, que es el criterio último de corrección de todas las medidas en el sistema métrico, es en sí correcto”. En consecuencia, la regla de reconocimiento es última. No tiene sentido, por tanto, calificarla de válida o inválida ni de presuponer su validez, ya que ella misma no puede pasar por su propio filtro. En concreto, no es necesario presuponerle la validez, porque ella misma es el criterio de validez respecto de la regla de reconocimiento no es posible predicar su validez o invalidez, tan solo su existencia o inexistencia”.

“Así pues, al contrario de lo que sucede con las restantes normas del ordenamiento jurídico, en la regla de reconocimiento existencia y validez no son equivalentes: no toda norma existente es válida, aunque toda norma válida es existente. De la regla de validez sólo puede afirmarse su existencia o inexistencia y su carácter es esencialmente fáctico, ya que es aceptada por jueces y tribunales. Para Hart validez no es sinónimo de existencia, y tampoco validez es sinónimo de obligatoriedad. La distinción entre enunciados internos y externos destaca aún más la importancia del hecho del reconocimiento. Cualquier otra norma del sistema puede ser válida ?y en ese sentido existir en cuanto norma? aunque sea desobedecida por los destinatarios; sin embargo la regla de reconocimiento solamente existe como una práctica compleja, pero normalmente concordante, de los tribunales, funcionarios y particulares, al

identificar el Derecho por referencia a ciertos criterios. Su existencia es una cuestión de hecho que se da o no se da : “decir que una determinada regla es válida es tanto como reconocer que satisface todos los requisitos establecidos en la regla de reconocimiento y, por tanto, que es una regla del sistema ”Sólo cuando aparece una regla de reconocimiento, lo que sólo sucede en sistemas jurídicos desarrollados, tiene sentido la noción de validez para designar aquellas normas cuya “existencia” no depende de que sean efectivamente aceptadas y aplicadas por los jueces, sino sólo de que reúnan los requisitos exigidos en la regla de reconocimiento”.

“Si se quiere determinar cuál es la regla de reconocimiento de un sistema basta con observar la práctica de los tribunales y demás funcionarios cuando proceden a identificar las normas jurídicas válidas. Hart se refiere también a la relación entre validez y eficacia. La eficacia de un orden jurídico consiste en el hecho de que generalmente los individuos a quienes se dirigen las normas se conforman con ellas y en caso de incumplimiento, se aplican también generalmente las sanciones previstas para tales supuestos. En primer lugar hace referencia a la conexión entre validez y eficacia respecto de normas jurídicas singulares, en cuyo caso expresa que no hay conexión necesaria entre la validez de la norma particular y su eficacia, “salvo que la regla de reconocimiento del sistema incluya entre sus criterios, como algunas lo hacen, la provisión (algunas veces llamada regla de desuso) de que ninguna regla ha de valer como regla del sistema si hace mucho que ha dejado de ser eficaz”, es decir, que la misma regla de reconocimiento incluya como uno de sus criterios de validez la afirmación de que no puede haber norma válida que no sea eficaz. Pero en realidad existe una estrechísima vinculación entre validez y eficacia de las normas jurídicas particulares, ya que una persona que hace un enunciado interno referente a la validez de una norma particular de un sistema presupone ¿dice Hart? la verdad del enunciado fáctico externo de que el sistema es generalmente eficaz, porque el uso normal de enunciados internos se produce en un contexto de eficacia general”.

Para Hart, “la vigencia o existencia de una norma se comprueba verificando que es válida, es decir, que se acomoda a los criterios de validez establecidos en la regla de reconocimiento. Vigencia y validez son dos aspectos de una misma realidad; lógicamente, si una norma es válida, existe como tal norma, y si existe como tal norma, es que es válida; en este sentido hay acuerdo con la posición kelseniana, cuando se afirma que la validez y vigencia son dos aspectos que posibilitan enfoques distintos y que deben ser diferenciados. La vigencia hace referencia principalmente al “ser” fenoménico y existencial de la norma. Una norma vigente es una norma que tiene existencia física, empírica, histórica, en cuanto tal norma. La validez, por contra, hace referencia al aspecto más ideal, es decir, a la obligatoriedad, a la obediencia. Una norma es válida porque es obligatoria y se debe obedecer. El ser o la realidad de la norma se compone de vigencia y validez. Y con respecto a la relación entre validez y eficacia del orden jurídico en general, si el ordenamiento en

su conjunto es ineficaz, se podría afirmar que falta “el contexto o trasfondo normal para formular cualquier enunciado interno en términos de las reglas del sistema. En tales casos generalmente carecería de objeto determinar la validez de sus normas por referencia a su regla de reconocimiento”.

“Insistir en aplicar un sistema de reglas que nunca ha sido realmente eficaz, o que ha sido desechado, sería, excepto en circunstancias especiales (...) inútil. De forma excepcional, sin embargo, como cuando se intenta enseñar de forma vívida el Derecho romano, se puede hablar como “si el sistema fuera todavía eficaz, examinar la validez de las reglas particulares y resolver problemas de acuerdo con ellas”. De otro modo, sólo excepcionalmente, como en una situación de invasión extranjera, revolución, etc. Así pues, en el esquema de Hart, juega un papel fundamental la noción de aceptación: para que un ordenamiento jurídico exista debe ser aceptado, es decir, debe ser eficaz. Pero es suficiente con que sea aceptado por los funcionarios y obedecido por el resto de la población en general, incluso bastaría con que fuese aceptada su regla de reconocimiento. Aceptarla supone contemplarla desde el punto de vista interno, usándola como pauta de conducta adecuada para identificar normas válidas y como justificación de las críticas lanzadas contra quienes se apartan de su modelo de identificación normativa, es decir, significa que los jueces y tribunales acepten como vinculantes esos criterios, de forma que las desviaciones respecto de ellos sean apreciadas críticamente, en general, como desviaciones respecto de criterios vigentes y vinculantes. La eficacia se predica del ordenamiento jurídico en su conjunto (aunque algunas normas resulten inaplicadas). En principio, parece que la aceptación debe producirse por el grupo social en general. Pero en *El concepto del derecho* dice que es necesaria la armonía entre los funcionarios, especialmente los jueces, y además los ciudadanos ordinarios obedecen en general las normas jurídicas. Los ciudadanos no necesitan aceptar la regla de reconocimiento, basta con que obedezcan las normas identificadas por ella. Pero si no aceptan la regla de reconocimiento y tampoco las normas jurídicas que aquélla identifica, la situación de los ciudadanos ante la norma no sería la de “tener una obligación” sino la de “verse obligado”.

Conclusiones

1. La estandarización de patrones de conducta se hace indispensable en la medida que evita las arbitrariedades y los abusos por parte de aquellos que aún creen adquirirlo todo, bien por la fuerza como los grupos al margen de la ley o por los que detentan el poder económico, como está sucediendo con el carrusel de la contratación en Bogotá, o por los que tienen el poder político como ha sucedido con los senadores y representantes.

2. Está demostrado que existen civilizaciones que por circunstancias del Todopoderoso han avanzado más rápidamente que otras, donde incluso la ciencia y la tecnología han sido implementadas a extremos inimaginables, pero ello, en nuestro sentir no debe ser óbice para que se imponga, se arrastre y se sancione a comunidades no desarrolladas, ni para que se explote en todo el sentido de la palabra y obteniendo una ventaja mayor, porque con ello no existe autodeterminación sino implementación y subordinación de patrones de conducta como ha estado sucediendo en el Medio Oriente y en Latinoamérica.
3. Para finalizar, la norma no en todos los casos debe ser rígida, por el contrario y dada la libertad de expresión y comportamiento, debe ser flexible en sus extremos positivos y negativos, para no coartar súbitas expresiones de comportamiento que pueden o no hacer variar una pauta preestablecida en virtud del advertimiento pausado y progresivo de una comunidad.

Lista de Referencias

ROBLES, Gregorio. Sociología del derecho. 2 ed. s.l. : Civitas, s.f.

HART, Herbert L.A. El concepto del derecho. (Genaro R. Carrió, Trad.). s.l.: s.n., s.f.

KELSEN, Hans. Teoría pura del derecho. (Roberto Vernengo, Trad.). 2 ed. s.l.: s.n., s.f.