



Epítome a una Teoría General del Derecho

Epitome of a General Theory of Law

José Manuel DELGADO OCANDO

Exrector de la Universidad del Zulia, Venezuela.

RESUMEN

El derecho es un sistema de normas cuya finalidad, entre otras, es regular las relaciones sociales a través del poder del Estado. Se trata de comprender ese plexo de poderes que dan origen y fin al derecho como mediador social que hace posible garantizar la libertad, justicia y paz. Sin embargo, los componentes legales y las prácticas imperativas se desarrollan de forma diversa según el plano ideológico o hegemónico de la cultura política que le sirve de base. Los problemas interpretativos de la norma jurídica son complejos pues la conscripción de la conducta a través del orden de la ley, pone en riesgo la autonomía del ciudadano. Se trata de aplicar el derecho en sentido “progresivo”, es decir, en el cumplimiento de normas que contribuyen a acrecentar el contexto de posibilidades que tienen los ciudadanos para generar los cambios sociales y salir de la esfera del dominio liberal del Estado de bienestar.

Palabras clave: Teoría, Derecho, normas, ciudadanía.

ABSTRACT

Law is a system of norms whose purpose is, among others, to regulate social relations through the power of the State. This deals with understanding the plexus of powers that originate and end laws as a social mediator that makes it possible to guarantee liberty, justice and peace. Nevertheless, legal components and imperative practices develop in diverse manners according to the ideological or hegemonic plane of the political culture that serves as their basis. Interpretive problems of the legal norm are complex since the conscription of conduct through the rule of law puts citizen autonomy at risk. This deals with applying law in the “progressive” sense, that is, in fulfillment of norms that contribute to growing the context of possibilities that citizens have to generate social changes and leave the sphere of liberal domination by the welfare state.

Keywords: Theory, law, norms, citizenship.

I. UBICUIDAD DEL DERECHO

La vida humana está totalmente regulada por el derecho. Desde el nacimiento hasta la muerte, la condición humana se cumple conforme a criterios normativos garantizados coactivamente. Comprar, vender, valorar, trabajar, viajar, asistir a eventos sociales, etc., se realizan jurídicamente, las más de las veces sin que notemos el papel que el derecho realiza en la vida social. Pero esta ubicuidad del derecho no está exenta de tropiezos y conflictos debido a varios factores que son inherentes a la existencia humana, a saber, la escasez de bienes, la vulnerabilidad de los individuos frente a los demás y frente a la naturaleza, la falta de racionalidad en la persecución y defensa de los intereses en pugna. Todo ello implica relaciones de poder en el seno de la sociedad, las cuales discurren en términos normativos, pero también en manifestaciones de fuerza, las cuales se expresan en controversias económicas y jurídicas, y en conflictos ideológicos y políticos. Por eso hay que dar cuenta de la tutela especial por parte del derecho y el concurso pacífico de las libertades políticas.

II. DIMENSIÓN FUNCIONAL DEL DERECHO

El aseguramiento coactivo de la vida social por parte del derecho implica varias funciones que van desde el control social, pasando por la resolución de conflictos, la legitimación del poder, el carácter represivo y la función promocional que busca el bienestar social y la paz. En la lucha por el cumplimiento de estas funciones el derecho puede ser visto como factor de conservación o de cambio social. La función coercible apunta a producir cambios directos en la vida política, como la prohibición de la poligamia, la despenalización del aborto o la regulación de la homosexualidad. Esta función represiva, o más bien reguladora, no agota el menester del derecho pues, en busca de la felicidad social y la estabilidad de las relaciones humanas, el derecho cumple la administración prestacional o procura existencial. Se produce un equilibrio tenso entre la conservación y el cambio social, el cual se realiza en la aplicación del derecho en orden a la solución de los conflictos. Más allá de la negociación, mediación o interposición de buenos oficios o de arbitraje, la jurisdicción caracteriza el modo en el que el derecho garantiza el cumplimiento de las normas según el debido proceso.

III. LA MAGISTRATURA PROGRESIVA

Durante el proceso de aplicación del derecho, la jurisdicción hace vivir a éste múltiples vicisitudes, que la orientan en sentido de conservación o de cambio. La teoría de la división del poder escatima al juez en su competencia creadora y hace valer la legislación abstracta sin tomar en cuenta las características del caso concreto, y de espaldas a la necesidad de promover la felicidad social. La magistratura progresiva, en cambio, y sin negar la división del poder, promueve el valor de la jurisprudencia y convierte al juez en garante del funcionamiento tenso y equilibrado de las relaciones sociales. El derecho, por esta vía, deviene en sistema abierto y dialéctico en orden a la regulación óptima de los conflictos. Si bien la magistratura progresiva puede ser orientada hacia el desconocimiento del plan político que se realiza tras la legislación, una magistratura conservadora se opondrá al cambio social y buscará el mantenimiento de los privilegios que consagra el status quo. El sistema promovido por una jurisdicción progresiva conduce al hombre de derecho a una dogmática que hace de la teoría el motor de las funciones propias del derecho. Tal dogmática es una comprensión creadora de la forma como la norma imprime paz y equilibrio al mundo de las relaciones sociales.

IV. FUNCIÓN HEURÍSTICA DE LA TEORÍA

Todo lo que se ha dicho es una meditación muy somera de la normatividad creadora del derecho. La teoría nos dice que el derecho se da en la mar de las relaciones sociales y que no puede ser,

como lo apunta el positivismo más ortodoxo, sólo el producto de la voluntad del legislador. Hay una excedencia de la ley en relación con el derecho total del que está impregnado el mundo de las relaciones sociales. Por la vía de las fuentes del derecho y a través de la reflexión teórica del sistema, el derecho produce la regulación adecuada de los conflictos y la paz necesaria para el cumplimiento de la administración prestacional. Hay que concluir en tres cosas, a saber: a) en la magistratura progresiva; b) en la excedencia de la ley respecto del derecho que la comprende; y c) en el carácter heurístico de la teoría como sistema dialéctico del derecho completo. La teoría del derecho se convierte de este modo, en la suprema fuente del derecho, ya que su competencia sistemática abarca la vida de las relaciones sociales y erige la regulación en eje de la vida social. Sólo que, las más veces, la teoría, como dice Del Vecchio, se práctica de incógnito, ignorando el desarrollo de su virtualidad creadora en términos de equilibrio y de paz.

V. LA DEFINICIÓN DEL DERECHO (I)

La función del derecho es polisémica y se la emplea usualmente en contextos diferentes. Hasta ahora la hemos entendido en el sentido de la regulación de la conducta humana al afecto de ordenar la vida social y precaver y resolver los conflictos sociales. Para precisar esta función se requiere considerar al derecho tanto en sentido objetivo como subjetivo. Derecho en sentido objetivo es sinónimo de norma de conducta; y, en sentido subjetivo, es la facultad o poder normativo que los ciudadanos disfrutan en razón de la regularidad objetiva. Pero derecho también es empleado como sinónimo de justicia y como equivalente de ciencia del derecho. En el primer caso se lo usa para expresar la regulación óptima de la vida social, y en el segundo caso para analizar la disciplina normativa que da cuenta del sentido y alcance de las normas jurídicas como componente del orden social normativo. El enfoque científico del derecho descubre el carácter lingüístico y metalingüístico de éste, lo que había sistematizado Kelsen al distinguir la norma de la regla del derecho¹. El uso lingüístico del derecho muestra su función prescriptiva, o mejor, performativa, de la norma jurídica, esto es, el carácter vinculante de ésta como prescripción. Al analizar este carácter, el jurista advierte varias manifestaciones de la norma jurídica como normas *sensu stricto*, como institución y como relación jurídica. La teoría de la definición del derecho, dado su carácter performativo, debe dar cuenta de su alcance operativo estipulativo, esto es, su dimensión prescriptiva como parte esencial de la norma jurídica. Cuando se mide el impacto social de la regulación normativa hay que considerar entre la ideología y el derecho y entre el derecho y la economía. Sin caer en el análisis filosófico o economicista, la ciencia del derecho constata una dimensión ontosemiótica y sintética en el desarrollo de la función jurídica, en especial la judicial. Por eso Viehweg² ha subrayado el carácter tópico y abductivo de la praxis jurisdiccional y nosotros hemos subrayado que el pensamiento performativo pone el énfasis, en última instancia, como ha dicho Cossio³, en la conducta jurídicamente regulada, esto es, en la conducta misma en tanto relación intersubjetiva de acciones posibles. Por esta vía el conductismo proviene de la performatividad y de la presencia vinculante de las normas jurídicas. Otras manifestaciones definitorias del derecho necesitan ulterior análisis, lo que nos lleva a la discusión universal derecho natural/positivismo jurídico.

1 KELSEN, H (1960). *Reine Rechtslehre*. Wien, Deutike.

2 VIEHWEG, T (1963). *Topik und Jurisprudence*. München, Beck.

3 COSSIO, C (1963). *La teoría egológica, su problema y sus problemas*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot.

VI. LA DEFINICIÓN DEL DERECHO (II)

La filosofía del derecho, desde los griegos hasta ahora, ha planteado como problema fundamental la diferencia entre derecho puesto y derecho deducido. El iusnaturalismo ha insistido en el carácter jurídico del derecho deducido y ha sostenido un absolutismo axiológico que se erige como corrección del derecho puesto por la autoridad competente. La crítica del absolutismo axiológico ha sido realizada con éxito por las corrientes axiológicas historicistas. Una descripción objetiva del derecho establecido revela su raigambre histórica y su relatividad axiológica puesto que la vida humana es contingente y relativa y no puede, por eso mismo, convertirse en fundamento de su vigencia. Desde la falacia naturalista (intransitividad entre el ser y el deber ser), el análisis descriptivo constata la relatividad del derecho puesto y la contingencia de su sentido axiológico. Pero si excluimos la perspectiva absolutista del derecho deducido, la descripción cultural de las exigencias normativas no instituidas permite reconocer una atmósfera cultural que perfila el cumplimiento de la función reguladora del derecho. El realismo jurídico escandinavo, Ross entre otros⁴, nos habla de una tradición de cultura de la cual forma parte el derecho puesto. El componimiento cultural e histórico de la fuente del derecho permite considerar a la tradición de cultura como fuente directa que integra la función normativa del derecho establecido. Por esta vía la crítica del iusnaturalismo no exige el reconocimiento del positivismo ortodoxo, por dos razones; una porque se admite una excedencia normativa sobre el derecho puesto; y otra, porque la tradición de cultura funciona realmente como correctivo axiológico de la aplicación del derecho positivo.

VII. LA DEFINICIÓN DEL DERECHO (III)

La definición del derecho se la comprende conforme al enfoque metodológico con que se la aborde. O se la usa en el formalismo del análisis, o se la piensa como ética en la teoría de la justicia, o se la concibe como derecho en acción (Pound), o se la ve como norma, esto es, como deber ser que prescribe la regulación de la conducta. Todos estos enfoques aluden a una realidad ontológica que prescribe formas de comportamiento, a saber, la validez del derecho que se conecta con el problema de la fuente del derecho. Que la aplicación del derecho devenga despliegue de los modos de creación del derecho significa que el problema de las fuentes termina siendo análisis, derecho en acción o realismo jurídico. Pero de acuerdo con el sentido que se le atribuya a la regulación habrá que tomar en cuenta la vigencia y la eficacia de ésta. La vigencia plantea la regulación como proyecto de la norma general, mientras que la eficacia concibe la regulación individualizadora, esto es, la realización efectiva del proyecto del derecho vigente. El realismo jurídico y la teoría egológica del derecho han visto con claridad el alcance ontológico de la eficacia y han reconducido el proyecto de regulación a la conducta social interferida. Sin embargo, un análisis puramente eficaz del funcionamiento de derecho no puede dar cuenta de los estados normativos que subyacen tras su validez. La seguridad jurídica y el Estado de derecho exigen la certeza de la validez y el enfoque normativo de la regulación. Una teoría general de las fuentes del derecho, es decir, de su técnica formal, y el derecho en cuanto programa de regulación de ésta, exige prescripción normativa en términos formales, única manera de distanciar el proyecto de la regulación de la conducta a la que éste se refiere. Un último punto que habrá de considerar en la teoría de las fuentes es la esencia explícita de la regulación en el sentido de las fuentes primarias indirectas. Aquí el principio de la plenitud del orden jurídico integra, definitivamente, la validez y la eficacia del derecho, dado que el proyecto de regulación no explícito puede

4 ROSS, A (1963). *Sobre el derecho y la justicia*. Trad. cast., de G. Carrió. Buenos Aires, Eudeba.

completarse a través de la fuerza de la eficacia, pero sin prescindir del principio normativo que informa las normas individualizadas. El hecho originario de las lagunas constitucionales, en cuanto paradigma de integración imprime a las relaciones de poder fácticas la unidad de validez, vigencia y eficacia, que son las dimensiones ontológicas de la regulación normativa.

VIII. LOS SISTEMAS NORMATIVOS

Las relaciones sociales conforman sistemas normativos, que constituyen un sentido regulador heteróclito. La moral, la religión, el decoro, el derecho, son momentos normativos de un mismo tejido, el cual se entreteteje a partir de los comportamientos humanos. La teoría del derecho ha subrayado siempre la necesidad de distinguir al derecho de los otros órdenes normativos. Aunque la moral se refiere al *forum internum* y el derecho al *forum externum*, tal distinción no es exclusiva de los respectivos órdenes, como se ve, claramente en el derecho penal. Otros criterios distinguen la moral del derecho mediante la bilateralidad, heteronomía y coercitividad propias del derecho. Estos criterios separan el deber moral de la deuda que apunta a la sanción imponible por la autoridad competente. Pero es necesario advertir que la obediencia como aceptación explícita o implícita es un aspecto subjetivo que la coacción de la autoridad requiere para garantizar, coerciblemente, el cumplimiento de la prescripción. En términos generales puede hablarse, en contra, de desobediencia revolucionaria o civil, lo que pone en crisis la vigencia del derecho. La desobediencia revolucionaria es el resultado del ejercicio del derecho de resistencia que niega la coacción como legítima y aspira a una regulación nueva que garantice la paz y la justicia. La desobediencia civil, por el contrario, posee carácter público y su aceptación consecuencial de la legalidad apunta a la lucha por el apoyo de la opinión pública y al resuelto comportamiento transformador que la reconstrucción de la aceptación implica. No siempre, sin embargo, la desobediencia tiene un carácter público, pues la objeción de conciencia, por ejemplo, tiene un carácter privado, a saber, la negativa al servicio militar, el rechazo de las prácticas médicas obligatorias (vacunación, aborto, transfusiones de sangre) no rechaza la vigencia del derecho en sus respectivos campos, sino que se propone cambios de legislación o de alguna línea determinada de gobierno, cónsonos con las condiciones que el objeto de conciencia considera necesarios para la aceptación del derecho. Un aspecto especial de la regulación normativa se da en el decoro social, cuyo carácter anancástico apunta a la vida social cómoda y sin roces externos. Su utilidad es patente (la civilidad y el urbanismo son agradables y hacen la vida social más llevadera), aunque como dice Nietzsche, hay también una dimensión estética del decoro que facilita el cumplimiento de la moral y el derecho en cuanto estilo cívico, y, a veces, hasta ritual. Las relaciones internas que se dan en los sistemas normativos permiten el cumplimiento de las reglas en forma sinérgica y la hegemonía desarrolla su influencia en la aceptación del derecho bajo la égida de los patrones culturales inmersos en las normas. El derecho, pues, se acepta y se aplica en función de las relaciones con otros sistemas normativos que imprimen a su vigencia indeterminado sentido axiológico. Habrá que averiguar su *modus operandi* y la forma en que todos los sistemas normativos operan de consuno. La teoría del derecho tiene pendiente este análisis sinérgico de dichos sistemas y el impacto que la regulación concertada de las normas produce en el campo social.

IX. ESPECIFICIDAD DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO (I)

El ordenamiento jurídico es un sistema normativo dinámico cuya unidad sistémica opera sobre la base de un régimen de delegaciones de autoridad. Esto significa que la validez de dicho sistema no atiende a su contenido como ocurre en la ilación ética, sino a la competencia de quien establece las normas jurídicas. Ello no impide que el ordenamiento jurídico constituya un sistema normativo con dimensión axiológica propia e inmanente, pues la competencia para instituir el derecho se desenvuelve como un proceso coherente a partir de la norma básica. La dimensión axiológica trascen-

dente se relaciona con los otros sistemas normativos a través de la aplicación del derecho (teoría de las fuentes formales), y también por medio de las fuentes primarias que completan el sistema y lo hacen permeable a situaciones de reforma y de cambio. No todas las normas tienen el mismo sentido y alcance, pues algunas estatuyen lo que los ciudadanos deben o no deben hacer (normas primarias); otras son formas de competencia como las reglas de adjudicación de facultades a los jueces para decidir cuándo una regla primaria ha sido infringida. El cuadro de las reglas suele completarse con reglas de reconocimiento, alusivas a la identificación del derecho aplicable, reglas de cambio y/o derogatorias que mantienen el dinamismo sistémico dentro del régimen de competencias establecido. Es preciso, también, distinguir entre normas, directrices y principios, ya que el sistema jurídico se autocorriga mediante el manejo de valores (fuentes secundarias) y de bases axiológicas de técnica fundamental.

X. ESPECIFICIDAD DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO (II)

El carácter dinámico del ordenamiento jurídico exige una regla fundamental que dé cuenta de las delegaciones en que consiste la validez del derecho. La norma fundamental puede entenderse como hipótesis de conocimiento o como postulado para la creación y aplicación del derecho. Esta hipótesis está dada en el ordenamiento jurídico a partir de la vigencia de éste y no es un juicio de valor ni un juicio fáctico sobre dicha vigencia. Puede decirse que dado el ordenamiento jurídico en cuanto sistema dinámico, la norma fundamental está implícita en éste, debido a que la exigencia sistémica del derecho como todo orden normativo vigente supone la delegación básica que genera, dinámicamente, el proceso de regulación de la conducta. En otro orden de ideas, se suele hablar de regla de reconocimiento, que identifica, en dicho proceso, la regla de regulación correspondiente. Algunos piensan en la existencia de varias reglas de reconocimiento para el discurrir del proceso dinámico del derecho, aunque la identificación de la regla nos lleva siempre a la norma fundamental que imprime unidad y validez al sistema. Pero el problema no está en la identificación normativa, ya que el ordenamiento jurídico suele ser antinómico o contradictorio. Para ello la autoridad que identifica la regla dispone de criterios normativos que dirimen las antinomias. Así, se habla de un criterio jerárquico, cronológico, de especialidad o especificidad, o de competencia. El esfuerzo hermenéutico para sistematizar el ordenamiento jurídico aspira al principio de la plenitud de dicho ordenamiento, en el sentido de que éste es un todo pleno y coherente. La teoría del derecho contribuye a la autointegración y la hetero-integración, a través del manejo de las fuentes, en especial por el análisis de la tradición de cultura y de los principios generales del derecho. Con este análisis el jurista dispone de recursos para integrar las lagunas (lógicas y técnicas, propias e impropias), todo en orden a resolver los casos atípicos y mantener, por esta vía, la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico. No siempre, sin embargo, opera necesariamente el recurso de recurrir a las fuentes, pues la interpretación correctora o extensiva puede conducir a los mismos resultados sistémicos. La semiótica jurídica se mueve en este ámbito y eleva el sentido y alcance de la regla de regulación a nivel sigmático, esto es, a la conducta regulada. No otro parece ser el camino de la dinámica jurídica proyectada a la solución tópica de los conflictos sociales. La seguridad jurídica y la justicia positiva exigen unidad y plenitud que son, en última instancia, obra de la eficacia de la regulación. Tal eficacia del ordenamiento depende de la tarea de la aplicación y de la elaboración sistemática que la teoría del derecho ofrece.

XI. TEORÍA DE LA NORMA JURÍDICA (I)

El sentido de las normas es siempre prescriptivo y su expresión lingüística es siempre performativa. La prescripción comprende el deber del derecho y la facultad correlativa del actor a quien corresponde la exigencia del deber jurídico. El carácter performativo del lenguaje jurídico puede manifestarse de varias maneras, todas indicativas de que algo debe ser cumplido dado el supuesto fáctico.

co de la imputación. Pero el sentido de la norma jurídica puede dirigirse por eso, a políticas deseables que han de ser alcanzadas, como en el caso de las directrices⁵ o de los principios que modelan el carácter de justicia o de injusticia que resulta de la aplicación, como la exigencia de que a nadie se le permitirá aprovecharse de su propio fraude o del precepto de que no es posible fundar demanda alguna en su propia iniquidad o adquirir propiedad por su propio crimen⁶. Un aspecto discutible de la prescripción normativa es la permisividad. Esto debe entenderse en el sentido de que lo permitido queda vinculado al comportamiento de alguien que no debe impedir el permiso. Pero esto no justifica la norma de clausura que erige a éste como el factor previo de la prescripción que ordena tal o cual conducta. La norma de clausura⁷ es un residuo de la filosofía liberal que concibe la ordenación jurídica en términos de regulación a posteriori de una libertad incondicional. Permiso significa más bien ausencia, respecto de la bilateralidad, del deber jurídico correlativo en un contexto de intersubjetividad. Además, es necesario advertir que el permiso puede ser explícito (fuerte) cuando es originario, es decir, si no tiene contraprestación obligatoria (orden jurídico), o débil si es redundante, esto es conforme a la prescripción que no lo excluye. Como lo ha demostrado la teoría moderna, la generalidad no es una característica necesaria de la norma jurídica. La sentencia es una norma individualizada y es la verdadera norma en el sentido de que la prescripción general se cumple y la conducta resulta efectivamente regulada. Lo mismo ocurre con el contrato o con las decisiones administrativas. El principio de la división del poder justifica una característica adicional de las normas que provengan de su ejercicio, a saber, la legalidad formal (reserva legal) que hace de la ley un instrumento político de primacía hermenéutica, excepto respecto de la Constitución. Un problema específico de la obligatoriedad de la norma jurídica lo constituye la nulidad absoluta o relativa de ésta. La nulidad es una sanción, que ordinariamente está en manos del juez, por lo que la nulidad absoluta no significa obligatoriedad sino cuando es declarada por la autoridad competente. Por último, las normas programáticas resultan de la aplicación de directrices y principios en el ejercicio de la reserva legal. En el amplio campo de las medidas jurídicas deben incluirse los vicios de procedimiento legislativo con lo que se corrige el principio de reserva legal del poder parlamentario.

XII. TEORIA DE LA NORMA JURÍDICA (II)

La prescripción normativa supone, claro está, un acto de voluntad, no de conocimiento, lo que lleva a Kelsen a distinguir la norma de la regla de derecho⁸. La imperactividad no se da, por ello, en el campo de la regla, donde sólo opera una descripción interpretativa de los enunciados acerca de la norma. El uso lingüístico de lo preformativo inclina la tesis de la descripción en términos de conducta, pero la verdad de la regla depende del modo de conducta prescrito por la norma. Se explica así que la conducta enunciada en ésta hace nacer la verdad del imperativo como mandato cumplible en la norma individualizada. Todas las formas de la imperactividad se dan nítidamente en la ley, cuya sanción, promulgación y publicación constituyen su positividad. Esta imperactividad que concierne al ejercicio de la fuerza por la actividad pública surge como despliegue de su validez discursiva en términos de competencia. Más allá del momento positivo y de la validez del ejercicio de la fuerza por la entidad pública, existe el momento de la eficacia, esto es, la concreción de la conducta *performativa* en el imperativo dada la individualización de la norma positiva. La actuación del juez muestra la ope-

5 DWORKIN, R (1977). *Los derechos en serio*. Trad. cast., de María Gustavino. Barcelona, Ariel.

6 *Ibidem*.

7 CAPELLA, JR (1999). *Elementos del análisis jurídico*. Valladolid, Editorial Trotta.

8 KELSEN, H (1960). *Op. cit.*

ratividad del imperativo que concreta el cumplimiento de lo prescrito por la norma. Con razón Cossio ve en la norma individualizada la verdad de la *performance* puesta por la norma. Y con razón, también, la egología ve a la regla del derecho como duplicación inútil de la norma⁹. El análisis de los modos de realización de la imperactividad se hará en el próximo aparte, pero el desarrollo de ésta implica el ejercicio del poder del estado conforme a los parámetros normativos que deslindan su competencia. El mundo jurídico se configura por actos de fuerza pública conforme a límites que esta misma fuerza pública reconoce y concreta. Es claro que los bordes de dicho mundo pueden ser traspasados y, entonces, surge la antijuridicidad y el entuerto. Estamos ya en los límites de la ilicitud nacida de la incompetencia y de la eficacia performativa nacida de ella. Se impone, por tanto, un estudio de las formas de imperactividad anómalas.

XIII. LA VALIDEZ JURÍDICA

La expresión pleonástica derecho positivo muestra las diversas modalidades de la imperactividad. La relación del derecho positivo con el órgano que lo pone es un nexo temporal retrospectivo que legitima el uso de la fuerza pública. Esta relación delimita la imperactividad por obra del órgano que la establece. El derecho positivo está referido (*positum*) al Estado *lato sensu* que lo erige y sostiene como orden de regulación de la conducta interferida. La dimensión temporal de la positividad mantiene con este proyecto de regulación una relación prospectiva del derecho con la conducta regulada y apunta a su realización por vía de la dinámica performativa de la norma individualizada. De este modo, el derecho positivo es el derecho puesto por la fuerza pública para regular la conducta interferida, mediante el proyecto de control en el cual consiste la realización retrospectiva con dicha fuerza. El derecho vigente es el derecho positivo prospectivamente vinculado con la conducta en su existencia histórica de relación con el Estado. Pero este proyecto de vigencia exige concreción y cumplimiento, y es en la norma individualizada, por ejemplo, en la sentencia, donde el proyecto se cumple. La eficacia, entonces, es una cualidad de la norma individualizada y es en la individualización de la norma, donde se da la eficacia del derecho. Se advierte en las relaciones de validez su especificidad formal, mientras que la vigencia y la eficacia se mueven en el ámbito personal y temporal de la conducta performada. No parece correcto, por tanto, la tesis de Kelsen de atribuir a la validez el carácter existencial específico de la norma, ni la vivencia de obligatoriedad de las normas por parte de los jueces (Ross); de modo que las circunstancias en las que el derecho positivo muestra su especificidad está en la validez como competencia formal de la actividad pública, en el proyecto de vinculación de la conducta interferida (vigencia) y en la concreción de la norma general dada en la norma individualizada. El derecho positivo es un constructo formal e histórico con el que la fuerza pública produce y mantiene la existencia de la sociedad políticamente organizada.

XIV. LAS FUENTES DEL DERECHO

Por fuentes del derecho se entienden los modos de producción jurídica. Estos modos de producción jurídica constituyen la técnica formal, la cual junto a la técnica fundamental (principios y valores) forman el proceso (ley, costumbre, *secundum legem*) de regulación normativa. Se suelen distinguir las fuentes formales y las fuentes materiales (contexto social, político y económico) dentro de las que se dan los modos formales de producción jurídica. El ejercicio de la competencia judicial y la *ratio decidendi* es también una fuente formal del derecho, específicamente en el modo en el que la con-

9 COSSIO, C (1963). *Op. cit.*

ducta es regulada *in concreto* por el acto del juez. No nos referimos a la norma individualizada solamente sino al precedente que suele conjugar leyes y principios para resolver el caso. La costumbre *praeter legem* dimana su obligatoriedad del reconocimiento legal o judicial, por lo que no es correcto atribuirle un carácter fáctico. Algunos autores ven en su imperactividad la *opinio iuris* pero, en verdad es el reconocimiento normativo del estado el que le otorga validez jurídica. La técnica formal distingue varias especies de leyes (Constitución, leyes orgánicas, leyes de vigencia determinada), las cuales tienen diversas fuerzas de imperactividad y llegan a constituir, junto con las otras fuentes del derecho, una nomodinámica conforme a la que discurren los actos de conducta interferida. Pero la regulación jurídica no se queda en la técnica formal sino que está constituida por la técnica fundamental (principios y directrices, ya aludida en el aparte anterior). Parece necesario observar que la llamada tradición de cultura está vinculada con esta técnica, aunque la nomodinámica y, en especial, el precedente judicial maneja dicha tradición como fuente formal directa, pues se muestra como tal al ser categorizada legalmente y, más allá de tal categorización, funciona en sentido operativo al servir de base para la interpretación judicial. La obligatoriedad del precedente debe ser estudiada en su carácter general vinculante como sucede en la jurisprudencia de la sala Constitucional, cuando así se establece. Por último, los tratados internacionales, la administración y la negociación producen derecho en sus respectivos ámbitos, y los tratados, por ejemplo, forman parte, con carácter constitucional, del sistema jurídico de un país. Los principios generales del derecho son también fuentes, más allá de su carácter técnico fundamental, lo cual conecta la nomodinámica con el problema del Estado de derecho.

XV. CONCEPTOS BÁSICOS

La clásica definición de Stammler contiene las categorías trascendentales de la norma jurídica. Siendo que el derecho es un querer entrelazante, autárquico e inviolable, no lo podemos pensar sino en términos de imperactividad, esto es, como voluntad que discurre de modo entrelazante. Ya la teoría tradicional había visto en la bilateralidad del derecho su característica esencial, puesto que el derecho, aparte de prescribir un deber, otorga correlativamente una facultad. Pero la conceptualización jurídica va más allá de las categorías con las que se expresa el mundo normativo, y el pensamiento jurídico se configura en términos conceptuales más restringidos. Por ejemplo, al lado de conceptos como hipoteca, matrimonio, quiebra, existen otros más fundamentales, a saber, la relación jurídica, el derecho subjetivo y la deuda. La relación jurídica puede ser concebida intranormativamente (imputación) y también extranormativamente en el nexo de la bilateralidad ya indicado. El vínculo normativo puede darse a partir de un hecho natural o de un acto de voluntad (mayoría de edad, muerte, riada, seísmo) o de un acto ilícito (daño). El derecho subjetivo es el momento lícito de la relación jurídica que otorga un poder normativo al derecho habiente. Puede ser concebido como acto de voluntad, interés jurídicamente protegido o situación jurídica, que conforma un contexto para la implementación de la bilateralidad. Particular interés tiene el análisis de los elementos de la relación jurídica en cuanto a los términos jurídicos que la constituyen, a saber, la persona, el deber jurídico (deuda) y el objeto jurídico. La persona colectiva plantea problemas metafísicos como se ve en la teoría de la ficción (Savigni), en el realismo organicista de Gierke o en la tesis normativista (formalista) de Kelsen. La doctrina, por otra parte, distingue el objeto jurídico y el objeto práctico. En rigor, el objeto jurídico es la presentación del obligado o deuda en sentido técnico. La prestación del obligado puede provenir de una persona colectiva, pero también de intereses sociales protegidos colectivamente. Tal tesis condice a distinguir los derechos de las personas colectivas (sociedades, corporaciones) de los derechos que se atribuyen a sujetos indeterminados en pro de beneficios sociales (derechos de las minorías sociales, políticas, etc.). Por último, vale la pena aludir a las cualidades de la

representación y organicidad en el caso de las personas colectivas y el carácter indeterminado de los llamados intereses difusos.

XVI. VALORES JURÍDICOS (I)

La seguridad aparece como el principio general inspirador del ordenamiento jurídico. Desde el punto de vista objetivo suele vincularse a la legalidad y al mantenimiento del orden público. Por eso la Constitución Bolivariana de Venezuela¹⁰ atribuye valor fundamental y apunta a la legalidad que es el fundamento de la regulación de la conducta. Esta dimensión objetiva de la seguridad se relaciona con la seguridad ciudadana y de la obediencia imperativa del derecho. Un valor que se vincula estrechamente con la seguridad jurídica es el principio de la no retroactividad de las leyes y la exclusión de la arbitrariedad. Por ello, la seguridad jurídica implica la previsibilidad y certeza, dado el cumplimiento de la positividad legítima, que exige promulgación y publicidad de lo puesto como prescripción. La seguridad presenta las características especiales en la ejecución de las sentencias contra la administración pública, debido al principio de la legalidad presupuestaria. El recurso de revisión¹¹ debe conjugarse con el principio *res iudicata* y la defensa intangible de los derechos fundamentales. La ignorancia de la ley no puede ser invocada para excusar el cumplimiento de la legalidad prescrita, excepto en el caso del error de hecho¹². Sin embargo, este principio puede ser impugnado por clasista, puesto que el conocimiento del derecho está vinculado a la posición social del ciudadano y del dominio de las normas que regulan su comportamiento. La seguridad jurídica, por último, es el estado de paz ciudadana cuya certeza justifica subjetivamente el sentido del orden público y social para el cual el Estado ha sido establecido. No hay que olvidar, sin embargo, las tensiones de la seguridad con la justicia, asunto que trataremos en el capítulo siguiente.

XVII. VALORES JURÍDICOS (II)

Es necesario guardar distancia con el derecho para poder valorarlo y discernirlo más allá de su contextura legal. Ya Moor había observado que la seguridad jurídica es inmanente al derecho y que su modo de existencia radica en la realidad; pero esto no basta, pues la legalidad (Estado de derecho) se da como positividad jurídica que debe ser objeto de valoración trascendente a dicha positividad. Y así surge el problema de la justicia que nace de la crítica al derecho positivo. Cuando nos enfrentamos a la legalidad, la justicia es vista como virtud personal que consiste en la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo. Tal virtud personal es la aprobación de la legalidad y de las atribuciones que dicha legalidad hace posible. Pero darle a cada uno lo suyo exige corrección y distribución. Aristóteles distinguía la justicia distributiva de la justicia correctiva. La primera implica desigualdad y jerarquía, y la segunda conmutación e igualdad, lo que da lugar a la justicia sinalagmática. Ambas son justicias particulares, y no toman en cuenta, en forma estricta, el bien común que exige la justicia legal. La naturaleza de la justicia ha sido discutida por tesis cognoscitivistas (Aristóteles, Santo Tomás, Scheler, Hartman) y no cognoscitivistas (Kelsen, Ross), lo que desvía, *ab initio*, la esencia del problema a una metafísica del conocimiento que disuelve sus dificultades propias en posiciones impropias, a saber, la justicia de la paz, de la democracia, de la libertad, de la tolerancia, hasta llegar

10 CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA (1999). Art. 299.

11 *Ibid.*, Arts. 336, 10.

12 CÓDIGO CIVIL VENEZOLANO: Arts. 1.146 y 1.154.

a procedimientos puramente dialógicos como las teorías intersubjetivistas de Habermas y Alexi¹³ o extralógicas a partir de posiciones desinteresadas como la posición original y el velo de la ignorancia de Rawls¹⁴. Tales recursos están destinados a garantizar la imparcialidad de los resultados a los que debe conducir el ejercicio de lo justo. La imparcialidad tropieza con el principio de desigualdad que espera que se beneficie a todos los miembros, y en especial a los menos favorecidos, sobre todo en el disfrute equitativo de los derechos sociales y económicos. Ante la realidad de las desigualdades en este campo se plantea el conflicto entre la libertad y el principio de igualdad, el cual debe subsanarse a favor de la libertad. Pero esta opción supone un liberalismo extremo y hace claudicar a la justicia en su papel de garantizar resultados óptimos en la distribución de la riqueza, aparte de que estos resultados afectan el disfrute de la libertad misma que se esgrime como principio de solución de conflictos. Vale la pena llamar la atención sobre los mecanismos de la hegemonía en la realización de la justicia en términos de legitimación. Se puede pensar en el consenso y la persuasión, lo que excluye el uso de la fuerza en la solución de los conflictos sociales y políticos, procesos estos que exigen escenarios de diverso grado hasta llegar a un auditorio universal que sienta la solución del conflicto por obra de un sentido de equidad que se comparte. El proceso de legitimación en términos de hegemonía encubre la fuerza y constituye un velo que legitima la desigualdad en aras de la libertad.

XVIII. VALORES JURÍDICOS (II)

La libertad, entendida como valor frente al Estado, es la base de la hegemonía. La praxis política aparece en términos de disidencia en un contexto de pluralismo ideológico. Por eso el régimen democrático occidental, establece el carácter constitucional de la libertad, intangible, por tanto, para el poder del Estado. En este sentido, la libertad sólo puede ser regulada por medio de las leyes orgánicas¹⁵ que son cuasiconstitucionales y que sigue, por lo mismo, procedimientos de institución y derogación especiales. A la par de la libertad, las democracias occidentales consagran el funcionamiento del mercado como dinámica autónoma de la organización política y, más aún, como exigencia jurídica del aseguramiento de las relaciones mercantiles. La dimensión axiológica de la libertad se traduce en sus relaciones con la justicia dentro de un plan manipulador que otorga al hombre libre el status de cliente o de consumidor satisfecho. Esta manifestación política se complementa con la institucionalización de la filantropía y la caridad. La característica del Estado de bienestar supone una economía mercantil de plena producción y de pleno empleo; y como tal característica no alcanza su completa satisfacción en dicha economía, los partidarios de la democracia liberal admiten la necesidad de una discreta organización del mercado y la libertad. Se llega por esta vía al Estado social de derecho que pone énfasis en los derechos positivos, dentro de una tesitura social y económica. Pero el ejercicio de los derechos positivos tropieza con la anarquía de la sociedad civil que llama a la libertad derechos humanos y utiliza su potencial ideológico para reforzar la explotación y hacer valer su hegemonía. Si bien la justicia exige, como dice Bloch, libertad y justicia, la justicia es la condición de la libertad y no al revés. Como decía Bolívar “hagamos triunfar la justicia y triunfará la libertad”, lo que pone el énfasis en la dignidad del hombre y en el disfrute de sus derechos positivos. No es posible, por tanto, la realización de la justicia por medio de un orden espontáneo que programe la abstención o economía de subsidiaridad complementaria de la acción del Estado, sino el Estado necesario

13 Cfr. HABERMAS, J (2001). *Teoría de la acción comunicativa*. Trad. cast. de Manuel Jiménez Redondo. Cátedra-Teorema. Cfr. ALEXI, R (1994). *El concepto y validez del derecho*. Trad. Cast. de Jorge M. Seña. Gedisa, Barcelona.

14 RAWLS, J (1963). *Teoría de la justicia*. Trad. cast., de María Dolores González. FCE, México.

15 CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA (1999). Art. 203.

de sentido comunitario que promueva el desarrollo social y convierta al hombre en sujeto de participación creadora con pleno disfrute de su dignidad. La comunidad política es el desiderátum de las relaciones sociales, más allá del liberalismo que hace del hombre un sujeto clientelar e incompleto. Es el único modo de hacer cesar la manipulación política e ideológica y de entronizar la libertad y la justicia.