

Introducción al Derecho

El fenómeno jurídico

POR RUBÉN MARCELO GARATE (*)

Sumario: I. Introducción. — II. Desarrollo. — III. Viejas ideas para nuevas teorías. — IV. Normas y conductas. — V. El lenguaje y los valores jurídicos. — VI. El problema de la validez jurídica. — VII. Perspectiva jurídica del discurso. — VIII. Conclusiones. — IX. Bibliografía.

Resumen

Las distintas teorías jurídicas, nos permiten pensar el fenómeno jurídico desde distintos puntos de vista. Nuestra intención es brindar una reflexión, que nos permita establecer una visión integral de la realidad jurídica. Para lograr nuestro propósito nos resulta necesario considerar los aportes de Kelsen y de Cossio, a fin de considerar el mundo jurídico como una relación compleja de normas y conductas.

Palabras clave: normas — neologología — axiología

THE LEGAL PHENOMENON

Abstract.

About different legal theories, we can think the legal phenomenon from different points of view. We have the intention to give a reflection which let us lay down an integral view about legal reality. To get our purpose we must consider Kelsen and Cossio contributions in order to consider the legal world like a complex relation between standards and behaviors

Key words: standards — neologology — axiology

I. Introducción

Cuando nos propusimos analizar temas relacionados con la teoría general del derecho y la realidad jurídica, entendimos que ambos aspectos, nunca pueden presentarse de forma separada, en tanto que el ámbito teórico y empírico, no pueden estudiarse aisladamente.

Bien podemos señalar que nuestro trabajo tiene un carácter eminentemente ontológico, ya que pensamos que el derecho es un objeto complejo, compuesto por normas y conductas que se encuentran relacionados dialécticamente, cuya comprensión requiere de una doble dimensión lógica y axiológica. Asimismo, entender esta relación (norma-conducta) resulta sumamente importante para poder interpretar acabadamente, todo fenómeno jurídico. No obstante, consideramos que los valores, juegan un rol fundamental en esta relación. Si bien los valores conforman un capítulo aparte, podemos reconocer que se encuentran estructuralmente implicados tanto en la producción de las conductas, como en las normas.

La norma que se presenta como una categoría constitutiva de la realidad, nos permite un conocimiento “a priori” del *da sein* (*ser ahí*) — fenómeno jurídico. Sin embargo, debemos tener en cuenta que la actividad cognitiva del jurista, no puede dejar de lado el *so sein* (*ser así*), que se expresa en la realidad de la conducta intersubjetiva.

En consecuencia, planteamos la existencia de una relación entre la decisión judicial y el contexto axiológico, señalando que la resolución judicial debe ser axiológicamente válida, para que ella sea aceptable no solo en un sentido formal, sino también en un sentido material. Es más, el discurso

(*) Jefe de Trabajos Prácticos de Introducción al Derecho, Cátedra II. Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. UNLP.

jurídico, juega un papel trascendente en esta relación dialéctica entre la norma y la conducta, porque posee la capacidad de reactualizar el contenido normativo, estableciendo una consecuencia jurídica, con la intención de lograr la máxima corrección en función de los mandatos imperantes en el derecho.

II. Desarrollo

Dentro de las ciencias socioculturales, ubicamos a las ciencias jurídicas, su conocimiento explicativo, sistemático y riguroso, tiene por finalidad alcanzar un criterio de verdad intersubjetiva o, mejor dicho, lograr la formulación de hipótesis, ciertamente compartidas por la comunidad científica.

Esto implica que no dejamos de reconocer un aspecto empírico de la investigación jurídica, sujeto a contrastación, que permite conjugar la intuición sensible, intelectual y emocional, a fin de realizar una complementación entre razón teorizante y realidad.

Frente a un pedazo de vida social, el jurista, debe determinar la regla de derecho vigente relativa al caso planteado, para encontrar al precepto en vigor, que se refiere a la materia en cuestión. Una vez hallada la norma aplicable, será necesario interpretarla resaltando sus consecuencias implícitas. Los cambios que se verifican en la realidad social y jurídica, requieren una constante reelaboración, por lo que se resalta la confrontación entre aspectos teórico y con el axiológico (Alexy, 2008:21).

Las normas generales, constituyen la expresión de las valoraciones establecidas por el legislador. Esas valoraciones declaradas en las normas legislativas, reglamentarias y consuetudinarias, no impiden la posibilidad de complementación, con otras valoraciones no contenidas en la norma escrita. Por eso, toda actividad interpretativa está empapada de una serie de juicios de valor, que responden a la lógica de lo razonable (Recasens Siches, 1998:7).

La norma como forma de pensar las acciones, nacen como obligación. Su sentido coercitivo, posibilita que se pretenda en su concreción un mayor grado de corrección en la aplicación.

Sin embargo, cuando hablamos de normas, suponemos la existencia de la libertad, en la medida que sustenta la existencia del fenómeno jurídico. Ella, se vincula con lo futuro, como un proyectarse inteligente en la consecución de un propósito, en el cual se ofrece un repertorio de posibilidades (Vilanova, 1992:36).

Esto supone la producción de juicios de valor, a fin de provocar un estadio de objetivación y orientación axiológica.

Las normas, constituye una parte de un proceso estimativo que confiere *funcionalidad normativa* a los juicios aceptados socialmente (Smith, 1990: 19).

En este sentido, las visiones integradoras de la sociología jurídica, reconoce la necesidad de avanzar sobre un análisis funcionalista, de las estructuras empíricas normativas y culturales (David, 1980: 196); reconociendo que el derecho no se puede resumir en un solo aspecto, porque su realidad resulta, sumamente compleja.

Igualmente entendemos que la ciencia del derecho, participa de la crisis en que se halla inmerso el saber científico en general, porque se ha olvidado los grandes principios de la disciplina, y su campo de conocimiento, se ha atomizado en una pluralidad de comportamientos que pretenden alcanzar creciente autonomía (Laclau, 1999: 23). Tal situación sólo podrá ser superada en la medida en que se elabore una teoría general del derecho que permita ubicar los diversos saberes dentro de un conjunto coherente y se reconozca su unidad fundante. Para ello, será preciso poner en claro los supuestos filosóficos sobre los cuales se sustenta cada teoría científica.

III. Viejas ideas para nuevas teorías

Parece que en filosofía del derecho, todo se ha dicho. Sin embargo, para poder decir algo mejor es preciso saber lo que se ha dicho antes. No es posible realizar un aporte original, si se expresa desde la

ignorancia. De allí que la tarea de investigar implica reflexionar sobre lo que se sabe y se comprende. Razonablemente podemos esperar de este tipo de tareas, que se cumpla con dos objetivos centrales: uno es el de presentar la base ontológica de la ciencia jurídica que sustenta la investigación. El segundo, consiste en brindar los contenidos críticos y presentar nuevas cuestiones; actividad que es muy difícil cumplir si no se recurre a las líneas de pensamiento académico de mayor significación.

Esto es parte del desafío que nos propusimos: insertarnos dentro de una tradición y, al mismo tiempo renovarla, atento que la mera incorporación de conocimientos, desvinculada de la posibilidad de cuestionarlos, desembocando en un peligroso dogmatismo, que provoca un esfuerzo estéril digno de rechazo.

Regresar a la concepción sostenida por Juan Carlos Smith, requiere comprender el derecho desde una visión de integración, moviéndonos en la frontera de la tradición, escrita por la teoría pura y la teoría egológica del derecho, para desde ella, poder decir algo novedoso. Reflexionar sobre el fenómeno jurídico, implica pensar sobre nosotros mismos, sobre nuestras pretensiones y pareceres; con la única finalidad de comprender mejor la realidad que nos toca vivir, manteniendo la esperanza en la posibilidad de encontrar un camino adecuado que nos permita integrar teoría y realidad.

En este sentido las ideas de Smith, nos proponen una visión integral del fenómeno jurídico, al afirmar, que la norma, atribuye significación jurídica a la conducta, conformando una única estructura ontológica.

La perspectiva tridimensional (1), tiene una visión similar al entender que las normas conforman una estructura lógica, *a priori* de la experiencia jurídica. Este aspecto formal de las normas organiza el material empírico, en el momento de su aplicación. Así, una norma general que se materializa en la sentencia o en el cumplimiento espontáneo, convierte su idealidad en una realidad; de modo tal, que la norma se incardina a la conducta, como dimensión de un mismo objeto cultural complejo, que no puede ser otro que el derecho (Zucchi, 2001: 187).

La lógica deóntica de Von Wright, nos ha enseñado a analizar el concepto de acto humano, afirmando que todo acto o suceso provoca un cambio en el mundo. Dicho cambio lo reconocemos como resultado de nuestro actuar. La realización de un acto voluntario implica la existencia de tres elementos fundamentales: discernimiento, intención y libertad (Delfino y Grau, 1993: 83). Esto nos permite señalar que es posible predicar con relación a un acto que, “se puede hacer”, “se debe hacer” o en su defecto que “no se puede hacer”. Y que por lo tanto, la *posibilidad* solo está reservada a las normas (Echave, Urquijo y Guibourg, 1985: 121), porque ellas poseen un carácter prescriptivo, que las identifica y diferencia. La norma representa la pura posibilidad de ser y por lo tanto su concreción depende de la conducta que la realice. El *deber ser*, como objeto de nuestro análisis lógico, establece un sistema dinámico de relaciones, al construirse como un orden de posibilidades de acciones y omisiones.

El *deber ser*, se revela como categoría ontológica del actuar, producto de la voluntad creadora, se expresa racionalmente por medio de juicios sintéticos *a priori*.

Esto permite entender las enseñanzas de Rudolf Stammler cuando explica que el derecho como un *querer*, de carácter imperativo, independiente de las ambiciones personales, que genera una ligazón objetiva con validez formal (Stammler, 1958: 47).

En consecuencia, cuando hablamos de ontología jurídica, entendemos que nuestra búsqueda se dirige a conocer el *ser del deber*. El que solo se nos presenta desde un aspecto epistemológico, cuando tomamos en cuenta su doble sentido: lógico y axiológico.

(1) Zucchi, H. se distancia de la visión trialista de Goldschmidt y Ciuro Caldani, solo en cuanto reconoce que asumen una postura realista-idealista al entender que el sujeto crea al objeto por lo que necesita un método distinto para cada objeto de conocimiento, aproximándose a la posición de Cossio.

Las normas como modalidades de las conductas señalan *deberes o facultades*, ya que no solo obligan, sino que también permiten y adjudican facultades, para actuar dentro de los límites que el propio ordenamiento normativo impone.

La reflexión axiológica se muestra como un formidable intento de indagación preliminar y fundamental de las profundas raíces vitales de la relación yo-mundo en el ininterrumpido movimiento de la acción humana. Los valores constituyen, una especie de energía vital que da impulso a la dinámica de la existencia y significado a la convivencia (Méndez de Smith, 1982: 45).

En consecuencia, el deber objetivo, descansa en los valores que están por encima de los vaivenes de nuestros gustos o disgustos, de nuestros intereses o nuestras conveniencias (Fronzizi, 2001:18). Hartmann, considera que todo valor tiene consistencia “en sí”, independiente de la experiencia, por ser aprehendido por el sujeto, mediante una intuición específica *a priori*, lo que nos lleva a considerar en los valores como fundamento ontológico preteórico del derecho.

IV. Normas y conductas

Hemos encontrado una inescindible relación entre la norma y la conducta, en tanto que una nos habla de la otra y ambas se refieren mutuamente. Si bien, resultan totalmente distintas, al pertenecer a esferas diferentes (ideal — real), constitutivamente contrarias entre sí. Tanto influye la una sobre la otra, que la conducta se encuentra motivada por la sanción.

Esto nos permite hablar de una relación dialéctica, entre la norma y la conducta, como parte del deber ser del derecho, sobre la cual nos habla la lógica jurídica. Esta coimplicancia, puede ser entendida, como *devenir* en tanto que se presenta como parte de un momento histórico. La realidad, es esencialmente dialéctica, en tanto que depende en su realización del elemento social. De modo tal, que el derecho objetivo, puede ser entendido como parte del proceso de exteriorización que se realiza en la praxis humana (Hegel, 1975: 255).

Por medio de la existencia del ordenamiento normativo, la sociedad cobra conciencia de sí misma, no solo como comunidad organizada, sino también como programa de acción jurídica y política.

Esta complejidad del derecho es observada por Fernando Martínez Paz, quien comprende que el derecho desde un modelo jurídico multidimensional, al entender que los fenómenos jurídicos, son una variedad del fenómeno social, compuesto por un complejo de normas, comportamientos y relaciones, jurídicamente relevantes (Martínez Paz, 2004: 41).

Esta perspectiva epistemológica, establece una visión interdisciplinaria sumamente amplia, que incluye contactos con la antropología y la sociología cultural. El derecho es un instrumento del poder social, constituido por normas y leyes vigentes y adecuadas a las circunstancias históricas, que se traducen en un conjunto de prescripciones directivas que determinan la organización jurídico-social y política de una comunidad, respetando su núcleo de valores éticos y jurídicos. Heller, reconoce que toda actividad social del hombre, debe entenderse como una unidad dialéctica de acto y sentido, que solo es posible comprender si la vinculamos las normas y las conductas con el mundo cultural (Heller, 1942a: 62).

La dimensión antropológica, la observamos en la centralidad que tiene la persona para el Derecho. Todo hombre, comparte un modo de ser que lo identifica, en tanto constructor de una sociedad y de una cultura. El estudio de una antropología del derecho, tiene que ver con la vida y la responsabilidad del hombre, en la medida que la vigencia y eficacia de las normas se pueda imponer desde la práctica (Heller, 1942 b: 80).

Cassirer, afirma que el hombre, no puede escapar de sus propios logros, como condición de su propia vida. El universo simbólico, en el que se entretajan los diversos hilos del lenguaje, los mito, el arte, la religión y el derecho, conforman una red, que contextualizan la experiencia humana. Si bien, Aristóteles, definía al hombre como un animal racional, hoy podemos afirmar que, es mucho más que razón. Es todo lo que de sí mismo puede expresar, es un *animal simbólico* (Cassirer, 2007: 49).

El hombre, no se enfrenta con la realidad de un modo inmediato, sino que siempre depende de la intermediación de la palabra, sobre la que construye formas lingüísticas, imágenes artísticas, símbolos míticos o formas jurídicas. El hombre no vive un mundo de hechos crudos sino, en un mundo de emociones, esperanzas y temores, en medio de sus fantasías y sueños. Los lazos que crean las palabras, le permiten al hombre acceder a la humanidad, al otorgarle una significación a su vida. La trama social, se conforma por los vínculos creados por las palabras. No obstante, podemos afirmar que, no todas nuestras palabras nos vinculan, no todas nuestras palabras nos obligan, pero sin embargo, todas nuestras palabras tienen un sentido.

El lenguaje toma todos estos matices de la vida del hombre, y se especifica en ciertas ocasiones en un lenguaje de tipo jurídico. Desde esta perspectiva, el derecho, que convierte al hombre en sujeto, no solo tiene que ver con la regulación de algunos lazos sociales, sino que también con la significación de los actos que realiza.

El derecho reúne la infinitud de nuestro universo mental con la finitud de nuestra experiencia física y cumple así en nosotros una función antropológica de instauración de la razón. En el centro mismo de la racionalidad, que sella nuestro tiempo, sigue habiendo creencias garantizadas e instituidas por el derecho.

Como cualquier sistema normativo, el derecho se sitúa dentro del tiempo, y consolida ciertas categorías cognitivas. Por eso, las nuevas leyes que señalan nuevas categorías de lo prohibido o lo permitido, requiere de consenso social, que le otorgue legalidad. En consecuencia podemos hablar de una consciencia social construida bajo el influjo cultural de la comunidad. Que se fundamenta en la posibilidad de la autodeterminación racional, sustentada desde una dimensión lógica y axiológica, que permiten asumir como propia, las limitaciones impuestas heterónomamente.

Lógicamente que el derecho es necesario a la vida en sociedad, como camino hacia la búsqueda de una integración comunitaria. En la medida que una sociedad que garantiza la paz social, está otorgando premios y castigos, a través de las normas jurídicas.

Cuando afirmamos que el objeto de estudio de una teoría general del derecho es el fenómeno jurídico, en su totalidad, estamos reconociendo que el mundo del derecho se encuentra indefectiblemente vinculado con el mundo cultural.

V. El lenguaje y los valores jurídicos

El proceso comunicacional fue explicado por Roman Jakobson (1986: 85), al distinguir, dos sujetos, un *emisor* y un *receptor* que estableciendo algún tipo de *contacto*, comparten un mismo *código* que les permite comunicarse transmitiendo un *mensaje*, dentro de un *contexto*. (2)

El lenguaje que utilizamos para comunicarnos, ya sea con signos lingüísticos o paralingüísticos puede tener distintas funciones según lo que se quiera expresar (Modica y Ferro, 1996: 11).

Lenguaje posee un ámbito específico, dominado por su precisión y formalidad.

Podemos hablar de la existencia de un el lenguaje jurídico, vinculado a una realidad histórica específica, que tiene una función axiológica, que se utiliza para explicar que es “lo mejor, lo justo y lo necesario”. Se encuentra construido por las distintas fuentes del derecho y se constituye en base a una estructura lógica específica.

(2) Otros estudios más recientes sobre la comunicación como el de Kerbrat-Orecchioni, reformulan el esquema de Jakobson, haciendo hincapié en la complejidad de la comunicación al establecer aspectos “a priori” del discurso emitidos por el emisor como son las competencias lingüísticas o competencias ideológicas y culturales que influyen en la codificación y decodificación del mensaje; sin negar que se deben tener en cuenta la determinación psicológica del sujeto, a la hora de expresar e interpretar el discurso mientras que, no solo los estados anímicos, sino las características de la propia personalidad influyen en el aspecto discursivo de cada individuo.

Esto nos permite fundamentar la tesis de la existencia de un lenguaje jurídico particular, que encuentra su canal de expresión por medio del discurso jurídico. La relación directa con el lenguaje jurídico, con un metalenguaje de carácter científico, propio de las Ciencias Jurídicas, nos explica las características del derecho como fenómeno en su totalidad, al tomar como objeto de estudio el lenguaje jurídico (Del Carril, 2007: 68).

La filosofía del lenguaje de Ludwig Wittgenstein, ha llamado la atención sobre la disparidad semántica de las expresiones de un mismo idioma, así en algunas ocasiones, un mismo término puede tener significados diametralmente opuestos según el contexto en el cual se expresan. Esta disparidad de sentidos, la llama “juegos del lenguaje” (Wittgenstein, 1993: 115), porque ya no existe la posibilidad de un lenguaje unívoco y acabado. La idea de juego, que nos propone el filósofo, implica situarnos primeramente en una actividad que se encuentra reglada; condición que es conocida y aceptada por los participantes, siempre que quieran jugar al mismo juego. Sin embargo, no existe nada en la realidad que imponga necesariamente una modalidad de juego, por lo que estas reglas son totalmente arbitrarias, y solo obligan a quienes quieran participar de la actividad. (3) Sin embargo se producen al mismo tiempo, diferentes juegos que pueden ser jugados, por distintos participantes, los que podrán ser agrupados en base al contexto pragmático del mundo de la vida en el que se encuentren.

Claro está, que uno de estos juegos es el que juegan los distintos operadores jurídicos. El lenguaje jurídico, tiene sus propias reglas y formalidades. Este es un juego diferente. No obstante, no por esto deja de ser abierto a toda una comunidad política, está compuesto por las expresiones que se manifiestan desde cada una de las fuentes del derecho.

La condición “a priori” es la existencia de un lenguaje común (idioma), enmarca la pertenencia a una comunidad lingüística general, como razón subyacente de todo discurso (Vigo, 2004-I-89).

Este consenso lingüístico, que sustenta la base del discurso, se denomina *comunidad semántica*. Aquí, debemos recordar las enseñanzas de Ferdinand de Saussure, cuando diferencia entre *lengua* y *habla*; para distinguir distintos grados de comunicación. Afirmando que la *lengua*, es la parte social del lenguaje, exterior al individuo, que por sí solo no puede ser creada ni modificada. Existiendo como una especie de contrato preestablecido entre los miembros de la comunidad. Mientras que el *habla*, se relaciona con un acto individual de voluntad e inteligencia, que dependen de: 1ro.) La utilización que realice el sujeto hablante de los códigos para expresar su pensamiento y 2do.) Del mecanismo psicofísico que le permite exteriorizar esas combinaciones (Saussure, 1988: 42).

El lenguaje jurídico, tiene como particularidad, que no solo nos permite relacionarnos con las normas, sino que, nos remite directamente a las conductas, porque tanto las normas como las conductas contienen y expresan valores. Por lo tanto, la función discursiva del lenguaje jurídico, es vital para el análisis del fenómeno jurídico y para la proyección de la Ciencia del Derecho.

Las normas que regulan el comportamiento, dan sentido a la convivencia social, intentando concretar aspiraciones comunitarias, al establecer un orden de vida. Estas finalidades estimables y expresadas en las normas como la justicia, la paz o la seguridad, nos permiten la conexión con la problemática axiológica.

Esto no significa que dejemos de reconocer las limitaciones que posee el lenguaje normativo, como es el caso de la ambigüedad de los términos jurídicos. Este problema es muy difícil de evitar, dado que el legislador o el juez cuando enuncia la norma, quiere hacerla comprensible a la comunidad y se sirve de palabras de uso vulgar. (4) También la propia realidad jurídica, en tanto dinámica y cambian-

(3) A su vez, cada uno de estos juegos se encuentra enmarcado en una situación de habla, es decir, en un determinado contexto no lingüístico en el que este juego del lenguaje se desenvuelve, al que se da en llamar “mundo de la vida”.

(4) Carrió, G. R. reconoce que las normas utilizan términos que fuera de su utilización normativa, hace que pierda su fuerza significativa; este fenómeno se presenta como un límite para el propio lenguaje jurídico. Sobre los límites del lenguaje normativo.

te, hace dificultoso poner en conceptos, la singularidad de situaciones que poseen connotaciones particularmente diferentes unas de otras.

VI. El problema de la validez jurídica

Las distintas escuelas jusfilosóficas han procurado presentar un concepto de validez jurídica que responda a las exigencias del derecho moderno.

Creemos conveniente establecer un criterio de validez y determinar su fundamentación. Resulta de fundamental importancia en el planteamiento de este problema, la obra de Hans Kelsen. La Teoría Pura sostiene que la validez jurídica, debe ser estudiada en el momento de adentrarse en el análisis de los términos jurídicos.

El tema de la validez puede ser analizado desde distintas perspectivas. Para von Wright, la validez tiene que ver con la legalidad del acto de creación. Este depende de que se encuentre autorizado por otra norma superior del sistema, dando lugar a una "cadena de subordinación" (Von Wright. 1970: 194).

También resulta esclarecedor el análisis de Hart sobre la validez, como heredero de la tradición de la analítica de la jurisprudencia, atento que la concibe desde una visión intra-sistemática.

El estudio de los conceptos jurídicos, parte de un análisis epistemológico, en el cual hay que separar entre el derecho "que es" y el derecho que "debe ser". Dicho de otra forma, es necesario contraponer dos análisis teóricos diferentes de un mismo fenómeno, distinguiendo, entre jurisprudencia descriptiva o expositiva. (5)

En este sentido, Hart entiende que una teoría general debe abocarse a producir un análisis eminentemente formal que se ocupe del estudio de la estructura de las reglas jurídicas y de los conceptos jurídicos. A la sociología del derecho, le corresponde hacer referencia, a la realidad social de un modo teórico, para intentar describirla.

La clave para entender la idea de sistema jurídico, expuesto por Hart es la unión que establece entre reglas primarias y secundarias; característica que le otorga heterogeneidad funcional a las normas. Dentro de las reglas secundarias encontramos a las reglas de reconocimiento, que tienen por función primordial identificar las reglas primarias del sistema jurídico.

No se puede dar una clave general para cualquier sistema, sino se sabe en qué consiste la regla de reconocimiento, para ello, hay que indagar los criterios funcionales del sistema.

La regla de reconocimiento no es sólo una regla identificadora de las reglas primarias del sistema, sino también la regla básica del mismo. Su función es dotar de validez a las reglas jurídicas que componen el ordenamiento. Las reglas, pueden ser consideradas como válidas, cuando satisface todos los requisitos impuestos por la regla de reconocimiento, o cuando satisface todos los requisitos impuestos por los criterios cuyo conjunto forma el contenido de la regla de reconocimiento. Dichos criterios determinan los requisitos para reconocer si una regla forma o no parte del sistema jurídico.

Para Hart, no tiene sentido hablar de validez respecto de un sistema que sea prácticamente ineficaz. Si en la práctica general del grupo, no se acata las reglas, se hace imposible la identificación de las reglas del sistema. Así la práctica generalizada de los operadores y ciudadanos, es la que proporciona

(5) Esta terminología empleada ya por Bentham, quien con el término jurisprudencia expositiva se refiere a la jurisprudencia o ciencia del derecho que se limita a exponer o describir su objeto, que es el derecho positivo o puesto por los seres humanos, y con el de jurisprudencia crítica alude a la crítica del derecho, entendiendo por tal a la investigación del derecho que "debe ser" o en otras palabras, al arte de la legislación. Esta contraposición es introducida asimismo por Austin, aunque con distinta terminología, distinguiendo entre jurisprudencia general, a la que también denomina Filosofía del derecho positivo y Ética, en el que analiza el problema deontológico de las normas.

el criterio último para decidir acerca de la eficacia y, por tanto, de la validez. La validez cede el paso a la eficacia, de modo una regla es válida solo cuando los hechos así lo demuestran.

Este análisis implica detenernos solamente en un concepto de validez formal o intrasistemática, ya que la solución al problema se encuentra dentro del propio sistema, sin acudir a elementos exteriores. Dicha solución vendría dada, por la legalidad del acto de creación de las normas, conforme a los requisitos establecidos por el propio sistema jurídico. En este sentido la validez explica la “existencia” del ordenamiento; dependiendo su explicación del criterio que se adopte en cada caso.

Ahora bien, cuando pensamos en el “fundamento” de validez del orden jurídico en su conjunto, ya no nos encontramos con un concepto intrasistemático, que pretenda resolver el problema desde dentro de la estructura del sistema jurídico; sino que su planteamiento y su solución sólo son posibles desde una perspectiva extrasistemática. El problema del fundamento de la validez del orden jurídico sólo puede hallarse “fuera” del propio ordenamiento jurídico.

Para el realismo jurídico, el concepto de validez se encuentra relacionado con el término *vigencia*. Esta escuela jusfilosófica afirma que el orden jurídico está implantado en un determinado contexto social, sobre el que se construye el derecho positivo. De modo tal que el término vigencia, se aproxima al concepto de *eficacia*. La vigencia de una regla sería su implementación real, que expresa la fuerza de imponerse a los destinatarios.

El término “vigencia”, nos habla de la existencia temporal de las normas jurídicas delimitada entre el acto de su creación y el de su derogación. Pero también sobre, la pretensión de obligación, que dicha norma implica para sus destinatarios. De esta forma, decir que una norma jurídica está en vigor significa que ha sido creada legalmente, y por lo tanto que su existencia conlleva una fuerza vinculante.

En este sentido la escuela del realismo jurídico, nos ha enseñado la importancia de la relación fundamental entre validez y eficacia, que no puede dejar de ser tenida en cuenta a la hora de pensar la realidad del ordenamiento.

Otra perspectiva totalmente diferente nos brinda, la escuela del derecho natural, que ha utilizado el término validez, como sinónimo de justicia, de tal forma que una norma jurídica o un ordenamiento es considerado válido, si se adapta a los principios materiales de justicia, bien sea a través de la existencia de un derecho natural, que está por encima del derecho positivo y cuya validez es general y universal, a través de la presunción de una ley moral absoluta, con la cual ha de coincidir el contenido del derecho positivo.

En este caso el iusnaturalismo, aporta una preocupación por la fundamentación material del derecho.

Alfred Verdross, admite la derivación de la validez jurídico-formal, de una norma inferior de otra superior, pero se plantea la validez de todo el ordenamiento jurídico, para lo que recurre a una dimensión axiológica.

Como sugiere Fariñas Dulce (1991: 124), el problema de la validez es un problema filosófico-jurídico, y por lo tanto, se necesita recurrir a un plano axiológico; o bien es un problema sociológico-jurídico, quedando nuestra respuesta reducida al tema de la eficacia.

La teoría pura del derecho, formulada por Kelsen, es eminentemente una teoría normativista, de carácter formal. En el análisis de la norma hipotética fundamental, se presupone un orden jurídico eficaz, objetivamente válido y obligatorio. La norma hipotética posee suficiente grado de eficacia, y por lo tanto debemos consideramos al ordenamiento jurídico como válido. No obstante, se podría negar la existencia objetiva del concepto de validez, como lo ha hecho Alf Ross, reduciendo el problema a la eficacia social o a la vigencia de las normas.

Según nuestro análisis, es importante reconocer que el “*deber ser*” presenta un modo de comportamiento posible, que es exigido a uno o varios individuos, por un sistema de normas instituidas. El problema de la validez nos lleva indefectiblemente a plantear desde lo fáctico, una reflexión sobre la

eficacia normativa. Si bien, el aspecto lógico de las normas, se relaciona con el cumplimiento de los procesos formales. Ambos aspectos, garantizan la legitimidad de las normas jurídicas.

La visión culturalista sostenida conjuntamente por Smith y Pettoruti, quienes reconocen una triple dimensión del problema de la validez (fáctica — lógica — axiológica), relaciona los hechos físicamente observables y verificables, pero también estudia el problema desde su significación intrasistemática, reconociendo que la validez del orden jurídico también se relaciona con la finalidad del mismo.

VII. Perspectiva jurídica del discurso

Ponderar, medir o evaluar es una parte indispensable de la elección, que realizan los seres humanos cuando deben decidir.

La actividad interpretativa implica el análisis de los intereses sociales, los valores y los comportamientos espontáneos, en función de mantener los postulados positivistas epistemológicos, a fin de lograr conocimientos objetivos sobre el contenido de las normas jurídicas. Frente a un caso jurídico concreto, es posible encontrar una respuesta mayormente *aceptable*, en relación a cierta unidad de valores políticos-éticos durables, en una sociedad estable (Petev, 1997: 18).

Sin embargo siempre debemos tener en cuenta que el derecho no contiene una sola solución correcta y justa para todos los casos particulares. Si bien, podemos descartar que se logra en una cantidad considerable de ellos.

El derecho indica más bien una solución “privilegiada”, desde el punto de vista social y ético, en una coyuntura determinada de la vida de la sociedad, apoyada por amplios grupos sociales en un momento dado y favorecida por un gran público.

Siempre hay soluciones posibles, sin duda sostenibles, desde el punto de vista de los intereses de ciertos grupos sociales, pero que no constituyen, la medida jurídica predominante en una época determinada.

El fenómeno jurídico, siempre necesita de la elaboración de una ontología del derecho según cada teoría jurídica, que permita considerar las normas en un amplio contexto social, político y ético y no como datos aislados.

La teoría tridimensional de Werner Goldschmidt entiende al derecho desde una concepción tridimensional, sosteniendo que se encuentra compuesto por tres dimensiones a saber: realidad social, normas y valores. Desde esta perspectiva las normas son proyectos a futuro y que requieren de nuestra capacidad estratégica en la búsqueda del logro de objetivos jurídicos. (6) El derecho es percibido como “reparto”, si tenemos en cuenta su dimensión sociológica. Esto es, como un acto de adjudicación de potencias e impotencias, las que favorecen o perjudican a las personas y puntualmente a sus vidas.

Las normas captan por medio de su descripción actos individuales, que luego serán tenidos en cuenta por el juez que valorará los repartos, según determinados requerimientos de justicia. Esta decisión implica establecer “quienes” se benefician y “quienes” se perjudican, como así también los “aspectos” de la vida que se verán beneficiados y los que se verán perjudicados.

Dichos repartos pueden tener distintas formas, en tanto que exista la posibilidad de transitar un camino procesal o de negociación. Sin embargo, pareciera que lo más importante de una decisión tiene que ver con los móviles, que son tenidos en cuenta, según las razones alegadas generalmente por los propios repartidores. Ahora bien, las razones de los repartos, se relacionan directamente con la justificación jurídica que expresa los motivos de la misma, los que se encontraran formulados en el discurso jurídico.

(6) CIURO CALDANI, M. A. también distingue la estrategia al darle un sentido “macrojurídico”; de la táctica con un enfoque “microjurídico” al corresponderse, con la utilización de los medios para la realización de los negocios y actos jurídicos.

Por lo tanto, podemos observar que el juez se encuentra limitado por un marco de posibilidades que le otorga la Constitución material, en la que influye el juego de factores de poder, limitando sus decisiones.

La solución judicial, se produce en una dinámica en la que intervienen distintos intereses que se ponen en juego y que son defendidos por los factores de poder. (7) Resulta lógico entonces, que el juez en su justificación tome una decisión con la intención de encontrar consenso social (*razones sociales*) y aceptación (*razones alegadas*).

En resumen, la justificación depende de la fuerza de convicción que genere la sentencia judicial, en tanto constituye un reparto razonable, al encontrarse inserta en el tejido fáctico y axiológico de la sociedad.

La norma individual, expresada en los fallos judiciales, resulta ser un discurso *predecible*, cuando se aplica una norma general, cuya *inmediatez*, implica una relación entre el aspecto abstracto de las normas y lo concreto, del caso particular.

La sentencia como fuente formal del derecho, encuentra su justificación en criterios de razonabilidad, siempre y cuando, tenga sentido dentro del ordenamiento normativo, es decir que tenga en cuenta los precedentes, como las propias normas jurídicas.

En consecuencia, la norma tiene un sentido dinámico, ya que se requiere ponerla en ejercicio. La interpretación, la elaboración, la argumentación y la aplicación, son ejemplo de esto.

En resumen, el trialismo reconoce que la conducta del juez, se identifica por la realización de repartos en la medida que aplica las normas a distintas situaciones, tendiendo a la realización de valores.

Los valores se encuentran conectados con el mundo cultural y con el interés vital de cada persona. El derecho, en tanto parte del mundo cultural, no puede dejar de relacionarse con los valores.

Existe una dependencia de los valores, a las formas sociales y culturales, por lo que se presentan como parciales y diversos. Los valores jurídicos como elementos significativos, tienen una función orientadora, como principios fundamentales que expresan, con mayor o menor amplitud las exigencias de justicia.

Como afirmara Cossio, los valores nos ponen en una relación coexistencial, con las circunstancias de la vida (hechos), con las personas (otro) y nos vinculan indefectiblemente con toda la sociedad (nosotros).

En la medida que se establezcan pautas de acción, se determina un marco de valores significativos, que nos permiten calificar las conductas. Asimismo, podemos afirmar, como sostiene Jerome Hall, que la conducta expresa normas realizando valores (David, 1967: 6).

En consecuencia entendemos que el orden jurídico vigente entraña una específica valoración jurídica de la realidad social en la que vivimos. De suerte, que los valores jurídicos no han de ser entendidos como entidades separadas de las normas positivas, ni de las conductas que los realizan, sino como cualidades objetivas, que se encuentran sustancialmente vinculadas a las normas y a las conductas, y que no pueden ser pensadas u observadas, sin una clara referencia a ellas.

(7) Un caso específico a tener en cuenta, es el de los intereses supraindividuales (como el medio ambiente) en el que los sujetos pasivos del reparto trascienden a los actores que formalmente figuran en el expediente (ejemplo: contaminación que produce una empresa por residuos tóxicos que afecta las aguas de una comunidad). Siendo difusa la fuerza adjudicatoria no solo de los acontecimientos, sino también de los repartos. Presentándose el interrogante de cómo garantizar a aquel que no participa y que de una u otra forma puede verse perjudicado por una decisión judicial, sus derechos individuales y comunitarios). En estos casos la solución con respecto al objeto a repartir, no lo encontraremos en las normas, sino de la aceptación de un enfoque interdisciplinar, que nos aproxime a la resolución adecuada.

En tal sentido, si bien hemos analizado la posición dialéctica del derecho, como una postura intelectual que nos aporta elementos más que importantes en el análisis del fenómeno jurídico, nos diferenciamos al entender que los valores no son un tercer elemento ontológico del derecho sino que afirmamos, que tanto la conducta como la norma, poseen una dimensión lógica y axiológica.

Sabemos que las conductas poseen un sentido, que nos permite vislumbrar, no solo la motivación sino también el valor que ella encierra. En este caso, la conducta es sometida a un análisis empírico dialéctico que nos permita descubrir su inteligibilidad y sentido. Mientras que el análisis hermenéutico nos permite conocer la significación del texto normativo. La hermenéutica jurídica provoca la confrontación, entre valores, conductas y normas. En tanto que la actividad interpretativa, requiere poner de relieve los elementos axiológicos, sustentados por el sistema normativo.

Cuando hablamos de relación dialéctica entre la norma y la conducta, queremos explicar parafraseando el pensamiento de Hegel, que el derecho posee epistemológicamente una dimensión lógica, en tanto que es una expresión de la racionalidad socio-cultural. En la cual las normas se presentan como un momento de *abstracción*, en tanto resultan ser un producto intelectual.

Las normas establecen como categorías del deber ser, una pura potencialidad. (8) Sin embargo, el derecho no es algo estático, sino que adquiere una realidad dinámica, en la conducta que lo realiza. Motivo por el cual, observamos un segundo momento *dialéctico*. Que supera la unilateralidad del mundo ideal normativo, en la medida que existe una dimensión empírica, que se observa en el proceso del devenir de la conducta y forma un elemento constituyente del fenómeno jurídico. Permitiendo poner en contacto el mundo del deber, con el mundo del ser, enriqueciéndose mutuamente como parte de una misma realidad jurídica.

Ahora bien, el discurso jurídico debe entenderse como un hecho histórico social, y como la condición necesaria, para el desarrollo de las potencialidades de las categorías establecidas por el *deber ser*. Este paso hacia la racionalidad discursiva, es el instante mismo en el que comienza la plena autoconciencia del derecho. El momento de la realidad del derecho, requiere de un proceso jurídico discursivo que exponga y reactualice la vigencia de las normas, en el cual se concibe la unidad ontológica del derecho desde, su doble dimensión lógica y axiológica. Porque implica por parte del jurista, una actitud no solo especulativa (positiva racional), sino también estimativa del fenómeno jurídico.

Es el plano de la subsumición de los momentos anteriores; de lo abstracto y de lo real, hasta llegar a determinar el derecho que es y existe en este contexto histórico.

De esta forma, el discurso jurídico se convierte en la plasmación de la realidad del derecho, en el cual se reconoce la relación dialéctica entre la norma y la conducta.

VIII. Conclusión

Una tesis de tipo ontológica se fundamenta en última instancia en una visión antropológica. En definitiva, el derecho debe encontrarse al servicio del hombre, porque su creación responde a las necesidades sociales.

Es necesario volver a subrayar la importancia de la libertad, porque es el fundamento de todo discurso jurídico, que se produce en el contexto de una sociedad políticamente democrática. Solo la libertad, nos permite entender la existencia de los derechos individuales. Esencialmente, en una democracia liberal se encuentra el lugar para la comunicación, que presupone siempre la posibilidad de diálogo, y el respeto a la libertad del hombre.

(8) Se genera cuando el intelecto diferencia las cosas, produciendo lo abstracto. Que denominaremos como lo en sí. Por ser pura potencialidad, de desarrollo, ya que de él se parte y en él está contenida la totalidad, como pura posibilidad. Hegel lo explica diciendo: "pero lo que es en sí, no es aún la verdadera, sino lo abstracto; es el germen de lo verdadero, la aptitud, el ser en sí de la verdadera".

Pensar en una sociedad políticamente democrática, implica reflexionar acerca de una buena ordenación social, según determinadas condiciones de criterios de justicia y eficiencia, bajo las cuales se produce la acción comunitaria. Como sostiene Vilanova (1984: 170), se trata de maximizar la libertad de los individuos que integran una comunidad política minimizando las restricciones a la libertad. Estableciendo por tanto como consecuencia que: la limitación a la libertad, debe imponerse luego de un proceso deliberativo, que surja la convicción, que de no imponerse cierta restricción, se afectaría la libertad individual de otros. No se trata meramente de lograr mayor libertad (cuantitativa) sino una mejor libertad (cualitativa). Tener la posibilidad de hacer lo que se me ocurra, puede resultar no ser lo mejor, como por ejemplo cuando se produce alguna violación de los derechos del niño.

Sin embargo, toda restricción encuentra un límite insalvable si su imposición viola algún derecho consagrado en la Constitución Nacional o en la Convenciones Internacionales.

La libertad individual, es el fundamento principal de la aparición de los derechos humanos. Claro que la idea de libertad no puede ser entendida cabalmente si no se la relaciona con el principio de igualdad ante la ley, sustento del ordenamiento jurídico de carácter democrático liberal.

Si afirmamos que la democracia se basa en el individualismo axiológico, por ser totalmente contraria a la idea de un igualitarismo social, no implica que caigamos en un relativismo axiológico absoluto, sino que tengamos una actitud de respeto por el otro, según lo establecido por el sistema normativo, puesto que la norma al ser entendida como una modalidad de la conducta se convierte en un parámetro objetivo, que asegura el goce de los derechos.

Así, los derechos humanos, son la consecuencia del reconocimiento de la importancia de la persona humana. Claro que su interpretación y por lo tanto su aplicación depende de criterios que van más allá de lo puramente interpretativo o de las posibilidades de llevarlos a la práctica; tiene que ver con un criterio ontológico del derecho.

En este sentido, tanto la teoría, como la filosofía del derecho, juegan un papel siempre actual, ya que pretende alejarnos de las sombras que se proyectan en la caverna, para aproximarnos al mundo de las ideas. Sin que ello implique, alejarnos de la realidad, sino pensar *lo que es* desde una visión integral, para entender los fenómenos y así intentar alguna respuesta, que nos permita explicar la realidad del derecho.

La pregunta ontológica, puede tener mayor o menor vigencia, en las discusiones actuales, pero de ningún modo deja de ser la más antigua pregunta, que se encuentra siempre presente a toda reflexión intelectual.

En tal sentido, para el jusfilósofo la reflexión primera se orienta sobre el fenómeno jurídico, en procura de lograr su inteligibilidad máxima y justificar trascendentalmente su carácter imperativo.

En consecuencia, observamos que el ser del hombre participa del ser del derecho, en tanto que este último, resulta ser una construcción cultural, que sirve de mediador hacia valores existenciales, que pretenden mejorar nuestra calidad de vida. Esto, hace que siempre valga la pena indagar sobre su constitución dinámica y preguntarnos constantemente ¿qué es y para qué sirve el derecho?

IX. Bibliografía

- ALEXY, Robert (2008). *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa.
- CARRIO, Genaro Roberto (2001). *Sobre los límites del lenguaje normativo*. 1ª reimp. Buenos Aires: Astrea.
- CASSIRER, Ernest (2007). *Antropología filosófica. Introducción a una filosofía de la cultura*. 24a. reimp. México: Fondo de Cultura Económica.
- CIURO CALDANI, Miguel Ángel (1987). "Perspectivas estratégicas del razonamiento y la actuación de los jueces", En: *Jurisprudencia Argentina. Doctrina*. Buenos Aires, 13.

- DAVID, Pedro R. (1967). *Sociología criminal y juvenil*. Buenos Aires: Depalma.
- (1980). *Sociología jurídica. Perspectivas fundamentales. Conflictos y dilemas de sociedad, persona y derecho en la época actual*. Buenos Aires: Astrea.
- DEL CARRIL, Enrique H (2007). *El lenguaje de los jueces*. Buenos Aires: Ad-hoc.
- DELFINO, J. R. y GARU, G. C. (1993). *Derecho*. 3a. ed. Buenos Aires: Plus Ultra.
- ECHAVE, Delia Teresa, URQUIJO, María Eugenia y GUIBOURG, Ricardo A (1985). *Lógica, proposición y norma*. Buenos Aires: Astrea.
- FARIÑAS DULCE, María José (1991). *El problema de la validez jurídica*. Madrid: Civitas.
- FRONDIZI, Risieri (2001) *¿Qué son los valores?* 17a. reimp. México: Fondo de Cultura Económica.
- GOLDSCHMIDT, Werner (1987). *Introducción filosófica al derecho*. 6ª ed., 5ª reimp. Buenos Aires: Depalma.
- HEGEL, George Wilhelm (1975). *Introducción a la historia de la filosofía*. Madrid: Aguilar.
- (1997). *Enciclopedia de las ciencias filosóficas*. 7a. ed. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- HELLER, Herman (1942). *Teoría del estado*. México: Fondo de Cultura Económica.
- JAKOBSON, Roman (1986). *Ensayo de lingüística general*. Barcelona: Planeta Agostini.
- KERBART ORECCIONI, Catherine (1987). *La enunciación. De la subjetividad en el lenguaje*. Buenos Aires: Hachette.
- LACLAU, Martín (1999). *Conducta, norma y valor. Ideas para una nueva comprensión del derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- MARTINEZ PAZ, Fernando (2004). *La construcción del mundo jurídico multidimensional*. Córdoba: Advocatus.
- MENDEZ DE SMITH, Elisa. A. (1982). *Las ideologías y el derecho*. Buenos Aires. Astrea.
- MODICA, O. y FERRO, F. (1996). *La praxis de la escritura*. Buenos Aires: UTN.
- PETEV, Valentín (1997). *Metodología y ciencia jurídica en el umbral del siglo XXI*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- RECASENS SICHES, Luis (1998). *Tratado general de filosofía del derecho*. 13a. ed. D.F México: Porrúa.
- SAUSSURE, Ferdinand (1988). *Curso de lingüística general*. 25a. ed. Trad. Amado Alonso. Buenos Aires: Losada.
- SMITH, Juan Carlos (1990). *Los supuestos de la ciencia política. Una introducción a la problemática científica de la política*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- STAMMLER, Rudolf. (1958). *La esencia del derecho y de la ciencia del derecho*. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba.
- VIGO, Rodolfo. (2004). “Razonamiento justificatorio judicial”, En: *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, I, 89.
- VILANOVA, José Manuel. (1992). *El concepto de derecho. Estudios iuspositivistas*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- VON WRIGTH, George Henrik. (1970) *Norma y acción, una investigación lógica*. Madrid: Tecnos.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. (1993). “Cuaderno marrón”, En: *Los cuadernos azul y marrón*. Madrid: Tecnos, I, 5.
- ZUCCHI, Héctor. (2001). *El derecho como objeto tridimensional*. Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.