

®BuscaLegis.ccj.ufsc.br

REVISTA N.º 8

Dezembro de 1983 - p. 122-137

Una exposicion del derecho (*)

Agustin Squella

Professor de la Universidad de Valparaiso/Chile

Dodavia buscamos los juristas una definición para su concepto de Derecho(Kant, Crítica de la Razón Pura)

No todos los conceptos "pueden" ser definidos, pero tampoco todos "necesitan" serlo.

Hay aproximaciones a las definiciones de ciertos conceptos; y éstas son en parte "exposiciones" y en parte "descripciones"(Kant, Logica)

Tomando para los efectos de esta exposición un determinado Punto de partida, interesa destacar, en primer término, que el derecho se nos Presenta, ante todo, como una específica normatividad reguladora de la conducta humana, lo cual quiere decir que, sin perjuicio de otros elementos cuya presencia es posible verificar también en el fenómeno jurídico como ciertos hechos y valores, por ejemplo, el derecho comparece ante nuestra atención intelectual como un conjunto de normas Así, y tal como hemos dicho, lo que nos devuelve nuestra mirada cuando dirigimos ésta, con fines de conocimiento, hacia esse determinado objeto denominado "derecho", es una específica normatividad.

En cuanto normatividad, el derecho comparece como un conjunto de prescripciones de conducta, que imponen determinados deberes con miras a la realización de ciertos, fines que se consideram deseables, y cuya no observancia trae consigo para el sujeto obligado una consecuencia desfavorable o sanción.

Por lo mismo, el derecho, en cuanto normatividad, no se diferencia de otras regulaciones del comportamiento humano como la moral o los usos sociales, por ejemplo, que también se nos presentan como prescripciones de conducta tendentes a la realización de ciertos fines y cuya infracción por parte de un determinado sujeto debe ir seguida de una sanción que habrá de hacerse efectiva sobre éste Ello porque toda normatividad, y no sólo, por tanto, la normatividad jurídica, impone deberes, aspira a la realización de ciertos fines y reacciona con sanciones ante la inobservancia de los deberes impuestos. Ahora bien, el carácter de estos deberes, la identidad de los fines y el contenido material y modalidad de las sanciones, serán, indudablemente, distintas según se trate de una u otra normatividad, y es en estos aspectos donde surgen, precisamente, las diferencias que pueden notarse entre los distintos tipos de normas que regulan el comportamiento humano, cuyo conjunto forma lo que legaz llamaba "el universo normativo".

En cuanto específica normatividad, ahora, el derecho se nos presenta dotado de una serie de propiedades o notas distintivas, que contribuyen, como acaba de decirse, a identificar la normatividad jurídica al interior del conjunto de regulaciones de la conducta humana, y que permiten, a la vez, diferenciarla en lo que dicha normatividad tiene de propio o de específico De este modo, la normatividad jurídica puede ser vista como un conjunto de prescripciones de conducta que, en carácter de obligatorias, y usualmente dictadas por vía de autoridad, regulan el comportamiento exteriorizado de los hombres que viven en sociedad, imponiendo a éstos deberes y confiriéndoles facultades correlativas de estos deberes, y cuya observancia está garantizada por la legítima posibilidad del uso de la fuerza socialmente organizada.

Nos llevaría mucho tiempo profundizar en cada una de estas propiedades o notas distintivas de la normatividad jurídica, las cuales, por lo demás, quedan en cierto modo sugeridas por el concepto que acabamos de formular. Límitémonos, en todo caso, a puntualizar que la presentación y estudio de tales propiedades debe ser emprendido con el buen cuidado de eludir eso que Henkel ha llamado "horribles simplificaciones", y que tanto abundan en los textos de Introducción al Derecho y, aún, de Filosofía del Derecho. En verdad, la heteronomía, la exterioridad, la bilateralidad y la coercibilidad, que se predicán comúnmente como notas caracterizadoras de la normatividad jurídica, admiten y exigen salvedades, precisiones y alcances, cuya debida ponderación circunscribe, y a veces aún relativiza, la presencia de estas cuatro notas distintivas de las normas jurídicas.

Una vez verificado que el derecho se nos presenta, ante todo, como una específica normatividad reguladora de la conducta humana, podemos comprobar enseguida, si es que no retiramos aún la mirada que tenemos puesta sobre este objeto que es el derecho, podemos comprobar, digo, la presencia, ahora, de una serie de actos y de conductas, o sea, de hechos, que se relacionan de modo necesario con toda normatividad jurídica y que reclaman, por tanto, la atención de quien, situado frente al derecho con fines de conocimiento, no quiere dejar sin registrar ni explicar ninguno de los datos o elementos que aparecen integrados en el fenómeno jurídico.

Lo que interesa destacar, en todo caso, es que estos actos y conductas pueden ser comprobados de modo natural a partir de la constatación de la existencia de la propia normatividad jurídica, puesto que se trata de hechos que comparecen a la atención del investigador precisamente en la medida en que dicha normatividad existe como tal. Esto significa que se trata de hechos y de conductas relacionados con la normatividad jurídica no de una manera distante, imprecisa ni menos aún forzada, sino de hechos, como se dijo, que aparecen vinculados de manera indefectible a toda normatividad jurídica.

En otras palabras: porque las normas jurídicas existen como tales, aparecen, necesariamente, una serie de hechos y de conductas vinculados a las normas, cuyo sentido e interés para el investigador viene dado, precisamente, por esta misma circunstancia, en cuanto todo aquel que se sitúa frente al derecho con fines de conocimiento y que descubra, por tanto, la presencia de las normas jurídicas, tendrá que comprobar, acto seguido, la presencia, tan indeseable como la de las propias normas, de estos hechos y conductas que se relacionan necesariamente con ellas.

Ahora bien, para diferenciarnos de las normas jurídicas, que constituyen por decirlo así, el elemento normativo del fenómeno jurídico, podemos decir que estos hechos y conductas conforman, por su parte, el elemento fáctico del mismo fenómeno jurídico.

Cuáles son, ahora, estos hechos y conductas conformadoras de lo que hemos llamado el elemento fáctico del fenómeno jurídico?

Están, en primer término, las denominadas fuentes materiales del derecho, o fuerzas modeladoras de éste, a saber, el conjunto de factores de muy diversa índole económicos, políticos, sociales, científicos, morales, culturales, etc que, presentes en la comunidad en dinámica y recíproca interacción, determinan, en mayor o menor medida según los casos, la aparición de las normas jurídicas y el contenido prescriptivo, de que éstas vienen provistas.

Las normas jurídicas positivas deben su aparición a actos de voluntad del hombre, ya sea de uno o más sujetos perfectamente determinados, como en el caso de los actos jurídicos y de los contratos, o de organismos a los que el propio ordenamiento jurídico faculte en tal sentido, como en el caso de las leyes aprobadas por un parlamento. Sin embargo, la voluntad humana, en cuanto creadora o productora de normas jurídicas, viene

invariablemente influenciada, en mayor o menor medida, por uno o más de esos factores de diversa naturaleza a los que se denomina fuentes materiales del derecho, los cuales obran como antecedentes causales, parcialmente al menos, respecto de la aparición de las normas y, también del contenido de éstas.

Como segundo hecho constitutivo de lo que hemos llamado elemento fáctico del fenómeno jurídico, encontramos ahora el acto de creación de las normas jurídicas positivas, en cuanto toda norma jurídica desde el momento que se concretiza como tal a través de alguna de las así denominadas fuentes formales del derecho, supone necesariamente un acto a través del cual es creada, acto que proviene de una persona, autoridad u órgano dotado del poder de crear normas jurídicas, por el mismo ordenamiento al que irán a incorporarse luego las normas por ellos creadas

Este acto podrá ser más simple (como en el caso de los actos jurídicos) o más complejo (como ser en el caso del proceso de formación de las leyes); podrá estar perfectamente formalizado en las etapas o series de actos que lo componen (como en el mismo caso del proceso de formación de las leyes), u obedecerá más bien a un proceso larvado, transcurrente y no formalizable (como en el caso del derecho consuetudinario); pero, en todo caso, se trata, tal cual se aprecia, de actos, o series de actos, cuya significación jurídica - la de crear normas jurídicas - está dada por la circunstancia de encontrarse regulados por las normas jurídicas del mismo ordenamiento al cual van luego a incorporarse las normas que por intermedio de esos actos resultan creadas.

Finalmente, y para completar el registro de datos que componen el elemento fáctico del fenómeno jurídico, aunque tampoco, por razones de tiempo, podamos profundizar debidamente en él, cabe, mencionar, por una parte, la, conducta de los sujetos imperados por las normas jurídicas, en cuanto obedecen o desobedecen éstas, y por otra, el comportamiento de los órganos jurisdiccionales, en cuanto generalmente aplican o dejan sin aplicar esas, mismas normas, en sus consecuencias coactivas, cuando no ha tenido lugar, por parte de los sujetos imperados, la conducta mandada por las normas.

Respecto de este tercer dato del elemento fáctico, digamos, únicamente, que toda norma jurídica, así como supone necesariamente un acto de creación, presupone también, por su, ser mismo de norma, estos hechos posteriores a ella, y que consisten, según ha sido dicho, en el obedecimiento o desobedecimiento y en la aplicación o inaplicación que de la misma norma hagan, respectivamente, los sujetos imperados y los órganos jurisdiccionales.

A los elementos precedentemente señalados, a saber, el elemento, normativo y el elemento fáctico del fenómeno jurídico, se suma, por último, un tercer elemento, que podemos llamar "valorativo" Ello porque, tal como era posible comprobar a propósito del elemento fáctico una serie de hechos y de conductas relacionados de modo necesario con toda normatividad jurídica, así, también, es dable verificar la presencia igualmente vinculadas a todo ordenamiento jurídico positivo, de un conjunto de valores, o valoraciones, cuyas modalidades de presentación, a nuestro entender, son las siguientes.

Una primera modalidad de presentación del, elemento valorativo del fenómeno jurídico aparece en cuanto siempre es posible comprobar que toda normatividad jurídica positiva que posea realidad histórica, resulta invariablemente portadora de preferencias o valoraciones que es posible atribuir, primeramente, a la persona, órgano o autoridad creadora de las normas, aunque su origen pueda ser rastreado, finalmente, en las determinadas fuentes materiales que se encuentren a la base de estas mismas normas.

Lo anterior significa que todo ordenamiento jurídico positivo y, en particular, las normas que son creadas por intermedio de los métodos autocráticos de producción jurídica, como es el caso, por ejemplo de la legislación, resultan expresivas de determinadas valoraciones que es posible atribuir a la autoridad creadora de las normas, y

cuyo sentido puede ser comprendido sobre la base de los fines e intereses que esta misma autoridad desea obtener o cautelar a través, precisamente, de las normas que dicta.

El propio Kelsen, cuya acepción en el análisis del derecho positivo y en la develación de sus estructuras es cosa bastante conocida, admite a este respecto que "cada ordenamiento jurídico corresponde, más o menos, a determinado ordenamiento moral prevaleciente en el grupo, cuyos intereses determinan el proceso de creación jurídica".

Ahora bien, la significación jurídica de estas valoraciones en todo ordenamiento jurídico, puede ser apreciada si se atiende al hecho de que una de las principales funciones que la dogmática cumple respecto de las normas dadas es la interpretación de estas, o sea, la fijación de un determinado sentido y alcance de tales normas, operación que, a nuestro entender, pasa necesariamente por la constatación y comprensión de dichas valoraciones. A esto se refiere precisamente Helmut Coing cuando nos advierte acerca de que "la ciencia jurídica, por la esencia del acto de aplicación del derecho, tiene que manifestar ante todo las valoraciones en que descansa la norma jurídica", puesto que toda auténtica comprensión del derecho - podemos manifestar por nuestra parte - queda obstruída, al menos parcialmente, si se omite el hecho de que aquél alberga ciertos valores y no es únicamente "un mecanismo inanimado de coacción".

Enseguida, una segunda modalidad de presentación del elemento valorativo del fenómeno jurídico viene dada por la existencia de las valoraciones socialmente dominantes, esto es, por ese conjunto de creencias, sentimientos, preferencias, modos de pensar y de sentir que, fuertemente arraigadas al interior de una comunidad de individuos, prevalecen en ésta y, por lo mismo, tienden a traducirse en determinadas formas de conducta de estos mismos individuos.

Concretamente, son importantes para el derecho, en el sentido que mostraremos enseguida, aquellas valoraciones que tienen una vigencia objetiva, que pueden ser atribuídas al grupo y que se han manifestado en usos arraigados dentro de la comunidad, en la cual ha tenido lugar un efecto recíproco entre la convicción o creencia valorativa y el obrar humano. (De este modo- podríamos decir con Karl Engisch - "sólo entram en consideración aquellas valoraciones que han alcanzado una cierta dignidad histórica. Pues aún cuando cualquier valoración individual o singular sea un hecho psicológico, son sin embargo llamadas a ejercer un cierto influjo sobre el derecho aquellas valoraciones que... gozan de un cierto predicamento". Así, por ejemplo, "cuando Schopenhauer afirma que los mormones tienen razón, se trata por supuesto de una valoración real, pero sin vigencia objetiva. Por el contrario, para el derecho, la dominante concepción del matrimonio monogámico reviste, en cuanto ordenamiento de las relaciones sexuales aceptable para nuestra cultura occidental, carácter de valoración coactiva".)

En cuanto a la significación jurídica de estas valoraciones socialmente dominantes, debemos decir, en primer término, que ellas pueden obrar como fuentes materiales del derecho, en cuanto se nos presentan como uno de aquellos factores y quizá de los más poderosos - que, presentes en una comunidad cualquiera, pueden determinar la aparición y el contenido prescriptivo de las normas jurídicas vigentes, dependiendo ello, entre otras variables, del régimen de gobierno y del sector de relación jurídica de que se trate. Así, pensamos, el régimen democrático de gobierno - uno de cuyos presupuestos es la elección por sufragio universal de los miembros del órgano legislativo - facilita en mejor forma que otros el tránsito de las valoraciones socialmente dominantes a la normatividad jurídica positiva; mientras que determinadas ramas del derecho, como el derecho de familia, por ejemplo, son invariablemente más expresivas de estas mismas valoraciones que otras ramas o sectores de regulación, como el derecho económico, a vía de ejemplo, en las que, por la inversa, se acentúa o refuerza el rol instrumental del derecho positivo.

A la vez, las valoraciones socialmente dominantes pueden jugar también un papel relevante en la eficacia de las normas jurídicas, puesto que - dicho simplemente mejores expectativas de ser eficaz tendrá una normatividad jurídico positiva cuyas valoraciones, esto es, las valoraciones de que ella es portadora, coincidan con las que, por su parte, posea o abrase el grupo social destinatario de esa misma normatividad.

Por último, y como una tercera modalidad de presentación del elemento valorativo en el fenómeno jurídico, y, talvez, la que con mayor habitualidad es recogida y desarrollada por la literatura jurídica, está la que dice relación con la afirmación de un criterio de justicia que, postulado como anterior y superior a los derechos positivos con realidad histórica y a los modelos de justicia relativos que estos aspiran a realizar con sus normas, permitiría la adopción de pautas estimativas, más o menos determinadas y precisas, sobre la base de las que sería posible llevar a cabo cualquiera de las dos operaciones que señalaremos a continuación.

Así, establecido que el hombre forja incesantemente criterios acerca de lo justo y aunque pueda atribuírsele mayor, menor o ningún éxito en la demostración racional de una o algunos de ellos sobre los restantes, lo cierto es que tales criterios pueden jugar uno de los dos roles siguientes en el ámbito jurídico: o bien sirven como modelos para evaluar los contenidos prescriptivos y el funcionamiento de los diversos ordenamientos jurídicos con realidad histórica, permitiendo la emisión de juicios de valor, ya positivos, ya negativos, sobre tales contenidos y funcionamiento; o bien, como es en general la postura de las doctrinas del derecho natural, tales criterios son vistos y presentados como el verdadero fundamento del derecho positivo, de donde se sigue que éste sólo alcanzaría su carácter de tal, y su consiguiente pretensión de obrigatoriedad, en la medida de su consonancia o correspondencia con el criterio de justicia que se hubiere trazado previamente.

Los tres elementos del fenómeno jurídico que han sido ya individualizados, cuya identificación permite una comprensión cabal y no fragmentaria del derecho positivo, no deben ser, con todo, colocados en un mismo e indistinto pie de igualdad para fijar la naturaleza del derecho ni para, consiguientemente, echar las bases de su conocimiento. Ello, porque el derecho, ante todo, consiste y se nos presenta como una específica normatividad reguladora de la conducta humana, cuyas propiedades o notas distintivas tuvimos oportunidad de referir antes en este mismo estudio.

En verdad, tanto el elemento fáctico como el elemento valorativo, apreciado cada cual en su conjunto o bien descompuestos, el primero, en los distintos actos y conductas que lo integran, y, el segundo, en las diversas modalidades de presentación que él ostenta, comparecem a nuestra atención una vez que, y sólo una vez que, hemos previamente identificado esa específica normatividad en que el derecho positivo consiste.

Efectivamente, todos los actos y conductas, en general los hechos que componen lo que llamamos el elemento fáctico del fenómeno jurídico, a saber, fuentes materiales del derecho, acto de creación de las normas y comportamiento de los sujetos imperados y de los órganos jurisdiccionales en cuanto unos y otros, respectivamente, abedecen o desobedecen las normas y las aplican o dejan de aplicar, cobran entidad y significación únicamente en la medida en que aparecen relacionados con un determinado conjunto de normas jurídicas positivas, las cuales pasan a constituir, con ciertos límites, un verdadero presupuesto de dicha entidad y significación.

Así, son las normas jurídicas, en su existencia de tales, las que nos conducen, primero, hasta las fuentes materiales del derecho, o sea, son las normas jurídicas las que, por el hecho de existir y de comparecer a nuestra atención, nos gravan con la necesidad de investigar acerca de cuál o cuáles hayan sido las fuerzas o factores que han determinado su aparición y modelado su contenido. Esto significa que sólo por referencia a normas tiene sentido identificar y comprender este primer dato del elemento fáctico del fenómeno jurídico.

Por otra parte, algo similar ocurre con el acto de creación de las normas jurídicas, que presentamos, en su momento, como el segundo dato del elemento fáctico del fenómeno jurídico. Nuevamente aquí, son las normas, como dato modular del fenómeno jurídico, las que nos conducen, a partir de la comprobación de su misma existencia, hasta un hecho el acto de su creación, que se sitúa antes de la norma o que, a lo menos, se presenta confundido con el origen de ésta. Además, un acto de creación de normas jurídicas posee este carácter en virtud de otras normas jurídicas, distintas y de jerarquía superior a aquéllas que por su intermedio resultan creadas, de donde se sigue que la significación jurídica de todo acto creador de derecho proviene no del mismo acto ni de algún otro hecho cualquiera, sino de normas jurídicas que pertenecen al mismo ordenamiento al que se incorporan luego las normas resultantes del correspondiente acto creador.

A la vez, las conductas de los sujetos imperados, en cuanto obedecen o desobedecen las normas, y el comportamiento de los órganos jurisdiccionales, en cuanto éstos aplican o dejan de aplicar estas mismas normas - y que constituyen, según vimos antes, el tercer dato componente del elemento fáctico - sólo cobran actualidad y significación jurídica en la medida en que, también, se relacionan o refieren a un determinado ordenamiento jurídico positivo, esto es, a un determinado conjunto de normas que son las que, en el hecho, resultan obedecidas, desobedecidas, aplicadas o inaplicadas. Por lo mismo, las investigaciones acerca de la eficacia de las normas jurídicas parten necesariamente del presupuesto de que, antes de conocerse cualquier resultado a este respecto, hay ya un conjunto de normas, esto es, de prescripciones de deber ser, respecto de las cuales se intentará averiguar, precisamente, si son o no efectiva y generalmente obedecidas y aplicadas. Así, nuevamente por referencia a unas determinadas normas tiene sentido e interés investigar en las conductas efectivas que tanto los sujetos imperados y los órganos jurisdiccionales emiten en relación con el mandato contenido en tales normas.

Por lo que respecta ahora el elemento valorativo y a sus diversas modalidades de presentación en el fenómeno jurídico, puede decirse lo siguiente.

En cuanto a la normatividad jurídica como portadora de determinados valores o valoraciones, lo cierto es que, como no cabe duda, que estos valores o valoraciones presuponen también la existencia de dicha normatividad, en cuanto esta constituye la base misma de su sustentación, de tal modo que es la normatividad jurídica, en cuanto tal, la que, desde el momento en que porta o sustenta determinados valores o valoraciones, demarca un ámbito objetivo dentro del cual, y sólo dentro del cual, adquiere lógicamente un sentido formular y avanzar cualquier investigación que tenga por finalidad la comprobación y comprensión de tales valores y valoraciones.

Si se repara enseguida en las valoraciones socialmente dominantes - segunda modalidad de presentación del elemento valorativo del fenómeno jurídico -, bien puede decirse otro tanto, puesto que también resulta claro que el interés y significación jurídicas de estas valoraciones aparecen siempre referidas al ordenamiento jurídico concreto respecto del cual dichas valoraciones pueden cobrar alguna de las dos incidencias apuntadas en su momento, o sea, las de obrar como fuentes materiales de las normas de dicho ordenamiento, o bien como factores causales de la eficacia o ineficacia de estas mismas normas. De este modo, las valoraciones socialmente dominantes se insertan como un dato necesario para la comprensión del derecho, en la medida en que es posible conectarlas, en alguno de los dos sentidos ya señalados, con la normatividad jurídica positiva por referencia a la cual adquieren, precisamente, su interés y significación para el trabajo del jurista.

Por último, la tercera modalidad de presentación del elemento valorativo, que dice relación, según vimos, con la afirmación de un criterio de justicia anterior y superior al derecho positivo que permita la adopción de pautas estimativas cuya función pueda ser la de fundar la validez de éste o, menos que eso, constituirse en un marco o modelo sobre cuya base y límites resulte luego posible la emisión de juicios de valor acerca del contenido prescriptivo del derecho positivo, resulta claro, igualmente, como consecuencia de las dos funciones que pueden

ser atribuídas a tal criterio de justicia, que la búsqueda razonada de éste cobra nuevamente sentido por reverencia a la normatividad jurídica de carácter positivo, respecto de la cual se introduce luego alguna de las dos funciones que hemos señalado.

De tal modo, si a este criterio de justicia lo denominamos convencionalmente con la expresión "derecho natural", y ya sea que se entienda, además, que dicho criterio se asienta en valores objetivos y trascendentes o bien en la mera subjetividad de quien lo formula o abraza, lo cierto es que, así entendido, el derecho natural, cobra también interés y significación jurídicas en sentido positivo, solamente por referencia a los ordenamientos jurídicos a cuyo respecto se lo hace jugar alguno de los dos roles previamente individualizados. Así, toda investigación sobre la existencia de un eventual derecho natural y sobre sus posibles contenidos prescriptivos o directrices, parte, forzosamente, ya de la necesidad de fundamentar la validez del derecho positivo, ya de la de injuiciar críticamente éste. O sea, que la búsqueda del derecho natural, que alguien calificó como "una invencible nostalgia", se torna indispensable y urgente - como seguramente lo es - a partir de la necesidad que tienen los hombres de ubicar fundamentos trascendentes para sus propias obras o creaciones - en este caso el derecho positivo -, o del apremio no menos intenso, por procesar los méritos y demeritos de estas mismas obras y creaciones, con el fin de sustituirlas por otras cuando éstos prevalecen sobre aquéllos.

El derecho positivo, concretizado en sus expresiones normativas dotadas de realidad histórica, es, así el dato empírico que prelude y atiza el ansioso rastreo del hombre en pos de las huellas de un derecho natural que se acaba por anhelar en la misma medida en que nos rehuye.

CONCLUSIONES

1. Una exposición del derecho, sustitutiva de una definición de éste, debe intentar dar cabida a todos los aspectos o elementos que muestra la realidad de ese determinado dato o fenómeno, a la vez empírico e histórico, que se denomina "derecho";
2. El derecho se presenta, ante todo, como una específica normatividad reguladora de la conducta humana, lo cual quiere decir que lo que nuestra mirada de vuelve cuando la hemos dirigido con fines de conocimiento hacia ese determinado objeto que llamamos "derecho", es, por lo mismo, un conjunto de normas, o sea, de prescripciones obligatorias de conducta.
3. Cuando se ve el derecho como un conjunto de normas, deben enterarse incluídas no sólo aquéllas que son creadas o producidas a través de los métodos autocráticos o heterónomos de producción jurídica, como son, por ejemplo, la legislación y la jurisprudencia de los tribunales, sino, también, aquéllas que lo son por intermedio de los métodos democráticos o autónomos de producción jurídica, a saber, costumbre y actos jurídicos;
4. Las normas jurídicas, en su existencia de tales, y especialmente en el caso de las normas de derecho legislado, nos conducen necesariamente al descubrimiento o verificación de ciertos hechos y conductas que se relacionan indefectiblemente con todo ordenamiento jurídico positivo.

Estos hechos y conductas, conformadoras del elemento fáctico del fenómeno jurídico, son las fuentes materiales del derecho, el acto de creación de las normas, la conducta de los sujetos imperados en cuanto obedecen o desobedecen generalmente estas mismas normas, y la conducta de los órganos jurisdiccionales, en cuanto las aplican o dejan sin aplicar como regla general.

5. Las mismas reglas jurídicas nos muestran, también, la presencia de un tercer elemento del fenómeno jurídico el elemento valorativo, que posee a lo menos tres distintas modalidades de presentación, que son,

respectivamente, la de los valores o valoraciones ínsitas en toda normatividad jurídico positiva y de las que esta misma normatividad es portadora, la de las valoraciones socialmente dominantes y su influencia tanto en la producción de las normas como en la consiguiente eficacia o ineficacia de éstas, y, por último, la de la búsqueda y fijación de un criterio superior de justicia a partir del cual pueda ser fundamentada la validez de las normas jurídicas, o que sirva, al menos, para emitir juicios de valor acerca de los títulos éticos de los contenidos prescriptivos de las mismas normas;

6. Los tres mencionados elementos del fenómeno jurídico - normativo, fáctico y valorativo -, cuya identificación permite, según se dijo, una comprensión cabal y no fragmentaria del derecho positivo, no deben ser colocados en un e indistinto pie de igualdad, como ocurría, por ejemplo, si se afirma que el derecho es norma, conducta y valor. Por el contrario, una mirada atenta sobre el derecho y una percepción más exacta sobre la forma en que se articulan los tres elementos antes señalados, permite apreciar una evidente preponderancia del elemento normativo, en cuanto los hechos y conductas constitutivos del elemento fáctico como las diversas modalidades de presentación del elemento valorativo, presuponen, según fue mostrado, la previa existencia de un ordenamiento jurídico positivo, esto es, de un conjunto de normas, por referencia al cual y a las cuales tales hechos, conductas, valores y valoraciones pasan a tener una efectiva y propia significación jurídica.

Todo lo cual permite concluir, por último, que el derecho es, constructivamente, una específica normatividad reguladora de la conducta humana, sin perjuicio de que, como tal normatividad que es, resulte necesariamente vinculado a determinados hechos, conductas, valores y valoraciones, cuya identificación y comprensión son posibles a partir de la propia existencia del derecho como conjunto de prescripciones obligatorias y coactivas.

Notas

(*) Este trabajo fue presentado por el autor en el Congreso Internacional de Filosofía del Derecho, La Plata (Argentina), 1982.

Livros, revistas e autores