

## FUENTES DEL DERECHO Y CONDICIONALIDAD MATERIAL DE LAS NORMAS JURIDICAS

J. M. DELGADO OCANDO  
Venezuela

1.1. Podemos distinguir, a los efectos de nuestro estudio, cinco conceptos distintos de fuente del derecho, a saber: 1. Autoridad normativa (Estado); 2. Acción normativa; 3. Norma; 4. Contexto social; y 5. Vigencia (sociedad civil o hegemonía). El significado de estos conceptos varía según se trate de normas o de proposiciones jurídicas, es decir, de directivas o aserciones. (Vid. Alf Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 1963, Trad. de Genaro R. Carrió, p. 9). Comencemos esquematizando las relaciones entre los cinco conceptos de fuente desde el punto de vista directivo:

|    |       |              |              |                    |
|----|-------|--------------|--------------|--------------------|
| AN | actúa | conforme a N | dentro de CS | para prescribir N. |
| 1. |       | 2.3.         | 4.           | 5.                 |

Esto quiere decir que la autoridad normativa prescribe una forma determinada de conducta a través de una acción normadora dentro de un contexto social determinado. El concepto más próximo al de autoridad normativa es el de positividad, esto es, el de la relación de las normas con el agente que las produce o prescribe.

1.2. Acción normativa quiere decir comportamiento gobernado por normas; su significado o sentido consiste en vincular, por medio de directivas (mandatos, permisos, prohibiciones), el comportamiento de los sujetos subordinados a la autoridad normativa. El comportamiento gobernado por normas equivale, pues, a constatar la adecuación o inadecuación de dicho comportamiento a las alternativas prácticas dadas en las normas (seguirlas o violarlas). Ahora bien, la acción normativa (comportamiento gobernado por normas) no siempre tiene el sentido de vincular la conducta de los sujetos subordinados a la autoridad normativa, pues puede darse el caso de que su sentido sea un acto de cumplimiento o ejecución de una directiva, es decir, la aplicación de ésta y no la creación de una nueva norma. Así,

la legislación es acción normativa porque se trata de una actividad cuya realización conforme a la Constitución tiene como resultado la existencia de una norma, a saber, la ley. (Cf. G. H. von Wright, *Norma y acción. Una investigación lógica*, Madrid, Tecnos, 1970, Trad. de Pedro García Ferrero, p. 431). Pero el pago del precio por parte del comprador o la ejecución hipotecaria practicada por el Tribunal son también acciones normativas, por más que sus resultados no constituyan la existencia de una norma. Esta circunstancia permite distinguir la acción gobernada por normas de conducta (primarias) de la gobernada por normas de competencia (secundarias). Podemos afirmar, *prima facie*, que las normas primarias concluyen en actos de cumplimiento (o de incumplimiento) o de ejecución (o de inejecución); y las normas de competencia terminan en directivas o normas. La legislación, p. ej., es un tipo de acción normativa cuya competencia personal (Congreso), material (generalidad, legitimidad) y de procedimiento (legalidad), ejercida según la Constitución, da por resultado la sanción (y ulterior promulgación y publicación) de una ley material (norma general, legal y *legítima*). Como puede advertirse fácilmente, las normas de competencia se refieren, en principio, a la validez, mientras que las normas de conducta aluden a la eficacia o vigencia. Sin embargo, las normas de competencia pueden afectar la eficacia o vigencia del derecho, especialmente cuando se trata de constatar la existencia de la autoridad normativa (competencia personal) o la legitimidad del contenido de las normas (competencia material). Un esfuerzo de simplificación tipológica nos induce a afirmar lo siguiente: la validez es la cualidad legal y legítima de la acción normativa gobernada por normas de competencia; la vigencia o eficacia, la cualidad legal y legítima de la acción normativa gobernada por normas de conducta. La acción normativa es, por consiguiente, fuente del derecho en la medida en que su realización, o bien constituye una norma (validez), o bien significa un acto de cumplimiento o ejecución de normas (vigencia y eficacia). No obstante, la teoría jurídica tradicional parece atribuir el sentido de fuente solo a la acción normativa cuando su realización implica la existencia de una nueva norma.

1.3. El concepto de acción normativa connota una unidad dialéctica de actos y normas. Cuando afirmamos que el concepto acción normativa alude a dos componentes imbricados dialécticamente queremos decir que el sentido o significado de la acción es la misma norma o normas que la acción ejemplifica. Por eso es por lo que Winch dice que “las acciones humanas ejemplifican reglas”, para destacar que las reglas son immanentes a las acciones o, para ser más exactos,

que las reglas son el sentido o significado de éstas. (Cf. Peter Winch, *Ciencia social y filosofía*, Buenos Aires, Amorrortu, 1971, Trad. de María Rosa Viganó de Bonacalza, p. 60). Comprender el significado de la acción normativa es, por tanto, descubrir (¿descodificar?) las reglas de las que la acción normativa es una ejemplificación. La consecuencia de este punto de vista es que la norma es un ingrediente de la acción y que su abstracción es solo un momento (resultado) del ejercicio de la competencia normadora que le prescribe. Kelsen ha aludido a este aparente círculo cuando afirma que *el derecho regula su propia creación y aplicación*. Esto significa que únicamente el comportamiento gobernado por normas es capaz de prescribir normas o, mejor dicho, que éstas son el resultado de la acción normativa. Pero la norma, además de ser un componente de la acción normativa, es también parte integrante del contexto social en que esta se realiza. No es éste, sin embargo, el momento de analizar la existencia del contexto social como fuente; antes tenemos que referirnos al problema de las normas de reconocimiento, el cual se ubica en la intersección de la validez y la vigencia del derecho; y a la existencia misma de las normas como contenido significativo de la acción normativa. Por lo que respecto al primero sería preferible emplear la terminología *criterios de reconocimiento* para englobar la acción normativa gobernada por ellas tanto en el caso de la autoridad normativa como en el del agente cognoscitivo o jurista. Los criterios de reconocimiento están indisolublemente ligados a la noción de validez. “Siguiendo la terminología tradicional —dicen Alchourrón y Bulygin— llamaremos válidos a los enunciados de derecho que los juristas aceptan como admisibles para integrar la base de un sistema jurídico. Para seleccionar los enunciados de la base, los juristas usan ciertos criterios que llamaremos criterios de identificación [o de reconocimiento]. Los criterios de identificación [o de reconocimiento] establecen qué requisitos debe reunir un enunciado de derecho para que sea válido. La noción de validez es, por lo tanto, relativa a un criterio o un conjunto de criterios de identificación [o de reconocimiento]”. (Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1974, pp. 118 y 119). Ahora bien, según Alchourrón y Bulygin, los criterios de identificación o de reconocimiento no son propiamente normas sino meras definiciones. “Las reglas de admisión y las de rechazo [criterios de identificación o de reconocimiento] definen, conjuntamente, la noción de enunciado de derecho válido. Esas definiciones adoptan por lo común la forma de *definiciones recursivas*: mediante la sucesiva aplicación de tales reglas se puede, en un número finito

de pasos, establecer si un enunciado dado es válido o no (para el criterio en cuestión). Las reglas conceptuales —agregan los autores citados— no deben confundirse con las normas de conducta; estas últimas establecen que una conducta es obligatoria, prohibida o permitida. Las reglas conceptuales, en cambio, se limitan a regular el uso de un concepto (o de un término, pero no prohíben ni permiten nada. Hacemos esta advertencia porque en la filosofía del derecho existe cierta tendencia a identificar los criterios de validez con las normas de competencia”. (Ibídem, pp. 119 y 120). Pensamos que este texto requiere un análisis especial. En primer término, en él se identifican las normas de conducta y las normas de competencia, siendo que las primeras son normas primarias y las segundas secundarias. (Cf. H.L.A. Hart, *El concepto del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, Trad. de Genaro R. Carrió, p. 101: “Las reglas del primer tipo imponen deberes; las del segundo tipo confieren potestades, públicas o privadas. Las reglas del primer tipo se refieren a acciones que implican movimientos o cambios físicos; las del segundo tipo prevén actos que conducen no simplemente a movimiento o cambio físico, sino a la creación o modificación de deberes u obligaciones.”). No hay dificultad, sin embargo, en afirmar que las normas de competencia son normas de conducta permisivas, pero esta clasificación es confundiente, pues lo específico de las normas de competencia no es el ser permisivas sino en ser normas que confieren facultades para crear nuevas normas. Esto es claro si se piensa que hay normas de conducta permisivas cuyo significado no es crear o modificar deberes u obligaciones. Se infiere de lo dicho que no es lo mismo identificar los criterios de reconocimiento con normas de conducta que con normas de competencia, ya que estas últimas se refieren a potestades o facultades para crear normas. Sostenemos, entonces, que si las normas de competencia no son normas de conducta, por lo menos en el sentido de que no imponen deberes stricto sensu, no es erróneo decir que los criterios de reconocimiento pueden ser, en algún aspecto, normas de competencia. Esto parece estar vinculado con la afirmación contenida en las páginas 120 y 121 del libro que comentamos, donde se admite que, aunque los criterios de identificación hagan expresa referencia a las normas de competencia, siguen siendo, sin embargo, meras definiciones. Por otra parte, la función de los criterios de reconocimiento no es la misma cuando es cumplida por la autoridad normativa que cuando lo es por un agente cognoscitivo (Jurista). Sugerimos que los criterios de reconocimiento son normas de competencia (lato sensu) o, para ser más exactos, normas secundarias si son empleados por las autoridades normativas, pero definiciones o mejor *reglas de derecho*

si quienes la emplean son juristas. Alchourrón y Bulygin asumen una posición aproximada cuando admiten que “la tarea teórica que realiza el que elabora un proyecto de ley, es exactamente la misma que la del jurista dogmático: ambos constituyen sistemas normativos, solo que el primero de ellos no está ligado por enunciados preexistentes (válidos), sino que los elige libremente. (*Esos enunciados —agregan— solo adquieren validez cuando el legislador sanciona el proyecto y lo convierte en ley.*”) [Ibídem, p. 123. El subrayado es nuestro]. Los criterios de reconocimiento son, pues, pasos o momentos de la acción normativa tendente a la creación de una norma nueva. El resultado de la aplicación de dichos criterios es parte del proceso que prescribe la nueva directiva, de tal modo que el reconocimiento o identificación de las normas en que se funda aquella es vinculante por provenir de la autoridad que hace el reconocimiento. Nuestra tesis de que los criterios de reconocimiento son normas de competencia o, más bien, normas secundarias, se basa en el hecho de que el reconocimiento practicado por la autoridad normativa es obligatorio y que tal reconocimiento es acción normativa, esto es, comportamiento gobernado por normas que no prescriben deberes sino potestades, en este caso, facultades para decidir el fundamento de validez del resultado de la acción normativa (norma o acto de cumplimiento o de ejecución). Nos sentimos tentados de llamar a estos criterios de reconocimiento normas terciarias (normas de procedimiento en el sentido de Ross) para aludir al metalenguaje que Alchourrón y Bulygin utilizan en las páginas 120 y 121, a saber, la regla de admisión que hace referencia a una norma de competencia. Esto es lo que ocurre cuando la autoridad reconoce la validez de una norma que autoriza a formular enunciados válidos mediante el uso de una regla que describe el procedimiento de formulación prescrito por la norma de competencia. El esquema de las relaciones entre las fuentes desde el punto de vista indicativo sería el siguiente:

|    |       |              |              |                   |
|----|-------|--------------|--------------|-------------------|
| AC | actúa | conforme a N | dentro de CS | para comprender N |
| 1. |       | 2.3.         | 4.           | 5.                |

En este esquema distinguimos: 1. Agente cognoscitivo (jurista); 2. Acción cognoscitivo-normativa (referente a normas); 3. Norma; 4. Contexto social; y 5. Validez teórica (regla de derecho, descripción comprensiva de la norma). Las relaciones entre el punto de vista directivo y el indicativo en el análisis de las fuentes requiere el examen de tres ideas adicionales: a) El criterio de reconocimiento puede versar no solo sobre la validez de las normas (problemas de funda-

mentación normativa) sino también sobre la vigencia o eficacia de las mismas cuando su validez ha sido afectada por derogación, desuso, etcétera (“reglas de rechazo” en la terminología de Alchourrón y Bulygin; vid. p. 119); y puede versar también sobre la existencia de la autoridad normativa y de su poder compulsivo para ejecutar el derecho. En este caso lo que el criterio de reconocimiento constata es el Estado integral, esto es, la “hegemonía armada de coerción” (sociedad política más sociedad civil en el sentido de Gramsci). b) Alf Ross destaca este carácter ontológico de la norma en el siguiente texto: “El derecho consiste parcialmente en ser norma, pero no en el sentido tradicional de específicas significaciones o proposiciones sobre la validez normativa, sino exclusivamente como elemento integral del fenómeno jurídico, como hechos psico-físicos, expresiones que en parte reflejan, y en parte crean a su vez actitudes de conducta. Las expresiones normativas vienen a consideración como eslabones en esta cadena de funciones y no, como lo supone el dogmatismo jurídico, como un sistema independiente de proposiciones normativas.” (Alf Ross, *Hacia una ciencia realista del derecho. Crítica del dualismo en el derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, Trad. de Julio Barboza, 1961, pp. 108 y 109). La fuente del derecho sería, pues, la norma misma en cuanto estado de cosas social compuesto de validez y eficacia, es decir, comportamiento gobernado por reglas, acción normativa. La expresión lingüística de este estado de cosas es distinta del sentido o significado de la acción normativa, pero la actitud dogmática del hombre de derecho suele confundir ese significado con la formulación verbal del resultado de la prescripción. c) Las reglas ejemplificadas por la acción normativa, es decir, los criterios conforme a los cuales la prescripción se formula, pueden ser primarias o secundarias, pero no en el sentido en que Hart las entiende, sino en el de criterios (formulados o no por la autoridad normativa) que fundamentan la prescripción. Las normas primarias son derecho no escrito (fuentes no objetivadas o parcialmente objetivadas); las normas secundarias son derecho escrito (fuentes totalmente objetivadas). De unas y otras cabe un reconocimiento o identificación tanto por la autoridad normativa como por el agente cognoscitivo (jurista). La teoría tradicional propone el reconocimiento de las normas primarias en los casos marginales donde la formulación explícita de la autoridad normativa no es admitida (cualquiera sea la razón: lagunas auténticas, lagunas falsas) como válida. La teoría actual propone un reconocimiento de las normas primarias aun en los casos de interpretación, por lo que ya es lugar común admitirla como fuente del derecho directa. En cuanto a la descripción comprensiva del jurista pode-

mos agregar que las normas que gobiernan dicha descripción son en gran medida reglas de reconocimiento, pues la dogmática lo que hace es identificar el derecho válido y exponer sistemáticamente el contenido significativo de sus prescripciones. Tiene que haber, por tanto, una dogmática del derecho escrito y del no escrito, valga decir, una descripción comprensiva sistemáticamente elaborada de los criterios primarios y secundarios que gobiernan la acción normativa. (Cf. mi *Programa de Filosofía del Derecho Actual*, Maracaibo, Facultad de Derecho de la Universidad del Zulia, 1969, pp. 148 y 149, 117; Georges Kalinowski, *Querelle de la science normative*, Paris, L.G.D. J., 1969, p. 109).

1.4. La acción normativa ejemplifica, como hemos visto, las normas o reglas que la gobiernan, pero tal ejemplificación no tiene sentido fuera del contexto normativo (social) en que dicha ejemplificación se produce. El contenido significativo de la conducta (norma, cumplimiento o ejecución) depende, por lo tanto, de dos factores: uno, la norma o regla que la conducta ejemplifica; dos, el contexto dentro del cual la conducta es comprendida como ejemplificación de la norma (Cf. Peter Winch, *Ciencia social y filosofía*, Buenos Aires, Amorrortu editores, 1972, Trad. de María Rosa Viganó de Bonacalza, p. 60). Esta es la razón por la que los juristas dicen que no es posible interpretar la norma en forma aislada y que siempre la interpretación es una tarea sistemática. En una sentencia de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 27 de mayo de 1969, se expresa este criterio cuando se dice: “. . . [La] exégesis fundada aisladamente en una sola norma de derecho, cuando la institución jurídica requiere una interpretación de conjunto por estar sistematizada en esa y otras normas, no llena las exigencias de la hermenéutica jurídica.” Ahora bien, el contexto normativo (social) que sirve de estructura de fondo para perfilar el sentido de la conducta está compuesto de dos niveles, a saber: uno, el nivel psico-social, que podríamos llamar *conciencia social* en sentido marxista, o *sistema de normas que regulan la institución considerada*, de acuerdo con la terminología que emplea la Corte Suprema de Justicia en la sentencia que hemos citado; dos, el nivel material, que podríamos llamar *ser social* (según Marx) o intereses adecuadamente protegidos (conforme a la terminología de la Corte). El nivel psico-social es, como dice A. P. Liskov, “un sistema más o menos coherente de sentimientos jurídicos, de estados de ánimo, de orientaciones de la voluntad, costumbres y también pensamientos e ilusiones que surgen en un determinado grupo social partiendo de la comunidad de condiciones socio-económicas.” En este nivel podemos incluir también la ideología jurídica, pues ésta es un

sistema de ideas y opiniones que expresan los intereses jurídicamente protegidos y que se distingue de la conciencia social por su carácter reflexivo y concentrado. (A.P. Liskov, *La conciencia jurídica como ideología y psicología* en el libro colectivo *Problemas de sociología y filosofía*, Bogotá, Ediciones Suramérica Ltda., 1970, Trad. de Teodosio Valeras, p. 72). En el fallo señalado, la Corte Suprema de Justicia alude a los dos niveles en el siguiente texto: “El Constituyente tuvo poderosos motivos para dar carácter programático al artículo 75 de la Carta Fundamental. El artículo 73 de la misma dispone que el Estado protegerá la familia como célula fundamental de la sociedad y velará por el mejoramiento de su situación moral y económica e igualmente que protegerá el matrimonio. En el Código Civil se encuentra regulado el derecho de familia y existen concatenadas disposiciones relativas al parentesco, al matrimonio, a la filiación, a los alimentos, a la patria potestad, a la guarda y representación de los menores y al registro civil. La nulidad aislada de disposiciones que están conexas estrechamente con otras que continuarían vigentes, podría romper la *unidad del sistema de normas que integran el derecho de familia, dentro del cual deben ser objeto de adecuada protección diversos y complejos intereses.*” (El subrayado es nuestro). Hay, pues, un sistema de normas conforme al cual debemos precisar el sentido del artículo 75; pero, a la vez, dicho sistema de normas no es más que la protección adecuada (legal) de los *diversos y complejos intereses* que constituyen su estructura. El sistema de normas, incluida la ideología con que la Corte justifica su fallo, es conciencia social, *los diversos y complejos intereses* protegidos por la acción normativa de la Corte es ser social. Ambos son datos, pero la primera es superestructural y el segundo estructural. La primera es lo que Ross llama tradición de cultura; el segundo es el nivel material (económico) que fundamenta la tradición de cultura. La tradición de cultura es fuente directa del derecho pues ella es el dato psico-social que determina el sentido de la acción normativa; el ser social es el dato material (objetivo) que determina, a través de la psicología e ideología jurídicas, dicha acción. La sentencia de la Corte es, pues, sorprendentemente realista. Es verdad que emplea la expresión “diversos y complejos intereses” con que parece aludir a un aspecto de la conciencia social, ya que “el interés es una clase particular de actitudes conocidas en psicología como actitudes fundadas en sugerencias” (Vid. Alf Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 1963, Trad. de Genaro R. Carrió, p. 346); pero también es cierto que el concepto de interés puede referirse al nivel ontológico si se observa que los intereses “son creados por relaciones económicas que se establecen en-



tre los hombres”. “No es la conciencia de los hombres la que crea los intereses defendidos por el derecho —dice Plejánov—, y por consiguiente, no es la conciencia la que determina el contenido del derecho: pero el estado de la conciencia social (de la psicología social) de una época determinada, es el que determina *la forma que adoptará en los cerebros humanos el reflejo de un interés determinado*. Sin tener en cuenta el estado de la conciencia social, es absolutamente imposible explicar la historia del derecho.” (Vid. Jorge Plejánov, *La concepción materialista de la historia. El arte y la vida social*, México, Roca, 1973, Trad. de Ediciones en Lenguas Extranjeras, Moscú, pp. 57 y 58). Se explica ahora por qué hemos considerado la expresión “diversos y complejos intereses” como equivalente de *ser social* en sentido marxista (nivel material del contexto normativo). El sorprendente realismo de la sentencia de la Corte radica en el hecho de que alude explícitamente a un nivel que los jueces suelen eludir. De ordinario los jueces se acogen al sistema normativo, permitiéndose sólo salir del nivel psico-social para ideologizarlo, es decir, para racionalizar la tradición de cultura; pero la referencia explícita al nivel material no es frecuente, y no lo es porque a los jueces no les gusta fundamentar sus decisiones en cosas tan prosaicas como los “diversos y complejos intereses” que constituyen el contenido del derecho, sino más bien en un sistema de normas que es válido *per se* independientemente de la estructura en que dicho sistema se basa. El carácter realista de la sentencia de la Corte contrasta con la ideología jurídica del voto salvado, la cual emplea la retórica judeocristiana para promover una interpretación del artículo 75 que no concuerda con los intereses protegidos por el derecho positivo venezolano. En efecto, ¿quiénes serían los sujetos pasivos de la acción de inquisición de la paternidad adulterina, incestuosa o sacrílega? ¿Cuál sería su impacto en una sociedad donde dicha acción estaría principalmente destinada a hacer efectiva la responsabilidad de la clase dirigente? ¿Y no sería un grave atentado a la moral burguesa el que se otorgue un derecho que permita a la propia madre del hijo ilegítimo participar indirectamente en el juego de las relaciones económicas familiares? La acción de inquisición de la paternidad ilegítima no sólo afectaría las reglas del juego económicas de nuestra sociedad monogámica sino que permitiría, especialmente a nivel de los estratos superiores de la sociedad, el cuestionamiento jurídico de uno de los principios básicos de la ética familiar occidental. La Corte Suprema hizo, pues, lo que tenía que hacer y lo hizo, además, científica y realísticamente: el artículo 75 es constitucionalismo social (véase las letanías del voto salvado), pero a diferencia de la retórica que es parte de la conciencia

social venezolana el artículo 75 no se corresponde con los intereses de la clase dirigente (los legitimados de la acción son normalmente explotados), lo que explica el carácter programático que el fallo le atribuye. Lo curioso del caso es que la sentencia mantenga tan fríamente los intereses sociales, mientras que el voto salvado *proclame* la negación de dichos intereses con la retórica desiderativa de la O.E.A. y de los documentos sociales postconciliares. Una interesante variedad de las contradicciones de principio que se agitan en el seno de la democracia judeocristiana. (Para el concepto de democracia judeocristiana vid. mi trabajo *Notas para leer a Nietzsche. Propedéutica psicológica de la democracia judeocristiana*, Maracaibo, C.E.F.Đ., Universidad del Zulia, 1975 pp. 43 y ss.).

1.5. El nivel psicosocial que hemos indicado en 1.4. puede llamarse en la terminología de Gramsci hegemonía y en el de Ross validez. Una teoría de las fuentes resultaría incompleta si no diera cuenta del proceso que determina la génesis de la conciencia social que es lo que los autores citados llaman *catarsis* y *actitud de conducta desinteresada*, respectivamente. “Puede utilizarse el término de “catarsis” —escribe Gramsci— para indicar el paso del momento meramente económico (o egoísta-pasional) al momento ético-político, es decir, al momento de la superior elaboración de la estructura en superestructura en la conciencia de los hombres. Esto significa también el paso “de lo objetivo a lo subjetivo” y “de la necesidad a la libertad”. La estructura de las fuerzas exteriores que aplasta al hombre, lo asimila, lo vuelve pasivo, se transforma en medio de la libertad, en instrumento para crear una nueva forma ético-política, origen de nuevas iniciativas. La fijación del momento “catártico” se convierte así, a mi entender, en el punto de partida de toda la filosofía de la praxis; el proceso catártico coincide con la cadena de síntesis que resultan del desarrollo dialéctico.” (*Introducción a la filosofía de la praxis*, Barcelona, Ediciones Península, 1972, Trad. de J. Solé-Tura, p. 68). Alf Ross, por su parte, habla de *una idea práctica de validez*. “[Puede] presumirse razonablemente que la idea de competencia es una idea práctica de validez, esto es, se basa en ciertos impulsos desinteresados de acción creados por sugestión social. . .”. La validez resulta de un proceso que convierte el orden de cosas establecido compulsivamente en un orden válido o legítimo. “En la gran mayoría de los casos —agrega Ross— los ciudadanos no obedecerán la ley por temor al castigo (conducta interesada) sino simplemente porque “la ley es la ley”, y “la ley ha de ser obedecida”, y se habría desarrollado de esta manera una actitud general de cumplimiento y respeto hacia el orden de cosas existente (conducta desinteresada).”

(Alf Ross, *Hacia una ciencia realista del derecho. Crítica del dualismo en el derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961, Trad. de Julio Barboza, p. 92). La diferencia entre Gramsci y Ross es, sin embargo, muy clara. En Gramsci el momento inicial y decisivo es el momento estructural o económico; en Ross, al contrario, el momento inicial y decisivo es un sistema de compulsión. El realismo gramsciano es dialéctico-materialista; el de Ross psicológico-social. Es cierto que Ross dice que “el derecho es la forma en la cual los factores de fuerza de tipo moral y económico, los intereses y las ideas se integran y hacen efectivos”; pero también dice que la validez no depende de un conjunto de circunstancias denotadas por los símbolos que usamos sino que depende de si realmente se da en una cierta conexión psicosocial, es decir, si es un elemento dentro de un sistema. (Alf Ross, op. cit., p. 114). Como se ha visto en el párrafo anterior el nivel psicosocial es real, pero se trata de un nivel condicionado por el nivel económico (ser social en sentido marxista). Es obvia la insuficiencia de la tesis realista al concebir la validez como una función de la conciencia social, sobre todo si se observa que el propio Ross elude explícitamente la cuestión de “cómo surge a la existencia” la actitud de conducta desinteresada. (Cf. Alf Ross, op. cit., p. 92). Las relaciones entre los diversos niveles del dato jurídico son interpretadas por Ross y Gramsci de la siguiente manera:

iv

Ross

Conducta interesada  $\longleftrightarrow$  Conducta desinteresada

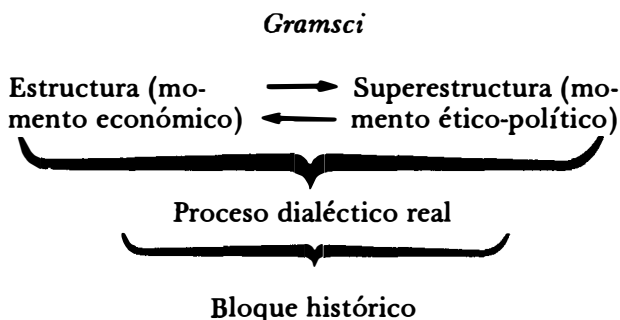


Interacción real e inductiva

entre ambos factores



Orden social



Como puede verse el concepto de orden social no coincide con el de bloque histórico. El concepto de orden social se mantiene a nivel de la conciencia social, mientras que el de bloque histórico contiene el dato psicológico intersubjetivo como un momento del ser social. (Cf. A. Gramsci, op. cit., p. 67). La interacción real e inductiva entre la actitud de conducta interesada y la de conducta desinteresada es siempre subjetiva o intersubjetiva; el proceso dialéctico real entre la estructura y la superestructura es objetiva, pues alude al “conjunto complejo, contradictorio y discordante de las superestructuras” en tanto y cuanto “reflejo del conjunto de las relaciones sociales de producción”. (A. Gramsci, ídem). Ahora bien, el proceso dialéctico real que configura la propia existencia del bloque histórico implica discordancias y contradicciones. De allí que la hegemonía no sea nunca homogénea y que la catarsis presente accidentes y vicisitudes. ¿Cómo explicar si no los casos en que incluso la retórica antihegemónica es incorporada a los pronunciamientos de la clase dirigente, como sucede con el lenguaje de los “curas tercermundistas” o aun con el fariseísmo de las grandes potencias occidentales ante la lucha que los pueblos de Asia, Africa y América Latina libran por su liberación? ¿Cómo explicar, p. ej., la declaración de buenas intenciones de Inglaterra y los Estados Unidos en los asuntos de Africa del Sur, y la paralela elusión de toda medida efectiva que obligue a los sudafricanos blancos a aceptar un gobierno de mayoría negra o los acuerdos de la O.N.U. sobre Namibia? ¿Y cómo explicar el abandono norteamericano de la O.I.T. cuando dicho abandono se produce justamente en el momento en que los Estados Unidos no controlan dicho organismo internacional? Todo esto indica que el análisis del contexto social en forma descriptivo-comprensiva, pero dialéctica, es indispensable para precisar el significado de la acción normativa. La descripción comprensiva de la norma (escrita o no escrita) dentro del contexto social que la con-

tiene es, como ya se ha visto, acción normativa o acción cognoscitivo-normativa, según que se trate de la autoridad normativa o del jurista. Norma y regla de derecho, vigencia y validez teórica, he allí los momentos culminantes de la formación de la superestructura jurídica.

2.1. En este último párrafo vamos a estudiar los resultados de la acción normativa, tanto en lo que respecta a la autoridad como al agente cognoscitivo-normativo. Si retomamos el análisis de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con los artículos 50, 73, 75, 136 párrafos 24, 162 y siguientes 214 y 215 párrafo 3o. de la Constitución, y 220 y 225 del Código Civil, interpretados conforme al sistema de normas que integran al derecho de familia, declaró sin lugar la demanda de nulidad de los artículos 220 y 225 del Código Civil. El esquema de la acción normativa de la Corte Suprema de Justicia sería el siguiente:

|            |       |   |   |   |           |
|------------|-------|---|---|---|-----------|
| C.S. de J. | actúa | conforme a arts. 50, 73. . . C.N. y 220, 225 C.C. | dentro del C.S. integrado por el sistema de normas y los intereses protegidos | declara sin lugar la demanda de nulidad contra los arts. 220 y 225 C.C. | SENTENCIA |
|------------|-------|---|---|---|-----------|

Se puede observar que las normas que gobiernan la acción normativa de la Corte son de tres clases, a saber: a) Normas de conducta (art. 75 de la C.N. o arts. 220 y 225 del C.C.); b) Normas de competencia (art. 215, 3o. de la C.N.); c) Normas de reconocimiento (art. 136, 24. de la C.N.); para no citar sino las disposiciones más importantes. De acuerdo con lo indicado sub 1.3., el art. 215, 3o. podría también ser una norma de reconocimiento en la medida en que la Corte identifica o reconoce su competencia para conocer de la demanda de nulidad de los arts. 220 y 225 del Código Civil. Igualmente el art. 136, 24. es una norma de reconocimiento que permite identificar o reconocer los arts. 220 y 225 del Código Civil como derecho válido. Pero lo que deseamos señalar particularmente es que el resultado de la acción normativa de la Corte es una norma que mantiene (prescribe) la validez de los arts. 220 y 225 del Código Civil. De AN (C.S. de J.) hasta N (sentencia que declara sin lugar la demanda de nulidad de los referidos arts. 220 y 225) se opera un proceso al que podríamos llamar "sintagmático", cuyo efecto se expresa en el lenguaje perlocucionario de la decisión de la Corte. Ahora bien, todo el análisis que hemos hecho en este párrafo no es otra cosa que la

acción cognoscitivo-normativa del jurista, la cual se expresa en lenguaje descriptivo o, más exactamente, en metalenguaje del lenguaje del derecho (este último de carácter perlocucionario). El esquema de tal análisis cognoscitivo-normativo sería el siguiente:

|         |       |   |   |   |  |
|---------|-------|---|---|---|--|
| Jurista | actúa | conforme a arts. 50, 75. . . C.N. y 220, 225 C.C. | dentro del C.S. integrado por el sistema de normas y los intereses protegidos | comprende el sentido del art. 75 C.N. y de los arts. 220 y 225 C.C. | Regla de derecho (descripción comprensiva del sentido de la acción normativa). |
|---------|-------|---|---|---|--|

El resultado de la acción cognoscitivo-normativa no es una simple duplicación o réplica de la norma sino más bien el metalenguaje descriptivo que comenta, justifica, crítica, interpreta o incluso completa el lenguaje del derecho (lenguaje normativo o perlocucionario). El *Rechtssatz* no alude, pues, el resultado de la acción normativa (norma, acto de cumplimiento o ejecución); alude a toda la secuencia “sintagmática” que culmina en la norma o acto. El carácter programático del art. 75 de la Constitución es una abreviatura de dicha secuencia, la cual señala uno de los posibles tópicos (otras abreviaturas son posibles: necesidad de la interpretación sistemática de las normas que rigen una institución, por ejemplo) con que se describe comprensivamente el sentido de la acción de la autoridad. Aunque tales abreviaturas o tópicos pueden ser momentos de la acción normativa (véase el fallo de la Corte que hemos comentado), en ésta no se permite su expresión elíptica como suele ser el caso en el lenguaje de los juristas. En la sentencia, verbigracia, debe haber decisión expresa, positiva y precisa sobre el asunto resuelto, con indicación de los fundamentos en que se apoye el fallo (art. 162 del Código de Procedimiento Civil); en la opinión jurídica, especialmente en el dictamen oral y en la discusión de casos entre colegas, el sentido de la acción normativa es clasificado o tipificado dentro de la tópica sistematizada que constituye la dogmática. Esta diferencia muestra un aspecto importante, a nuestro juicio, de la especificidad del *Rechtssatz*, al que en este momento solo podemos aludir.