

UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLITICAS Y SOCIALES
MAGISTER EN DERECHO
TEORIA DEL DERECHO
PROFESOR: Dr. XACOBÉ BASTIDAS FREIXEDO
e-mail: xacobe@correo.uniovi.es
PRESENTADO POR: INOCENCIO MELENDEZ JULIO
e-mail: inocenciomelendezjulio@gmail.com

**REFLEXIONES SOBRE LA UTILIDAD DE LA TEORIA GENERAL
DEL DERECHO EN LA PRAXIS JURÍDICA EN EL ESTADO
CONSTITUCIONAL.**

Por: Inocencio Meléndez Julio
Abogado
Magíster en Derecho
Universidad Nacional de Colombia.

Presentación.

En esta oportunidad, centramos nuestra atención en plasmar en este escrito algunas reflexiones sobre la utilidad de la teoría general del derecho en la praxis jurídica en aquellos sistemas jurídicos que tienen el privilegio de estar amparados por la institucionalización de un Estado Constitucional, social y democrático de derecho.

No podría continuar en la construcción de este ensayo, si no expresara mis agradecimientos a los profesores Dres. Xacobe Bastidas Freixedo, Jesús Vega López, Jesús Aquilino Fernández, Juan Antonio García Amado, José María Sauca, Rafael Hernández Marín, Manuel Atienza, Joseph Aguiló, Victoria Iturralde y Juan Ruiz Manero de las Universidades de León, Oviedo, Carlos III, Murcia, País Vasco y Alicante, quienes en el marco del Magister en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia, compartieron con quienes soñamos ser sus discípulos, sus recientes construcciones teóricas sobre Teoría General del Derecho, Teoría de la Norma Jurídica, Metodología de la Interpretación y aplicación del derecho, La Interpretación del Derecho en la Teoría Jurídica del Siglo XXI,

Sistemas Jurídicos y La Teoría de la Argumentación Jurídica. Una cosa pensaba del derecho antes de ser su alumno y en mi condición de tal, leerlos, estudiarlos y escucharlos y otra hoy, cuando trato de dar mis primeros pasos en el estudio y análisis de la Teoría Jurídica.

La invitación a reflexionar sobre la utilidad de la teoría general del derecho en la praxis jurídica para los operadores jurídicos en la creación y aplicación del derecho, fue generada por la actitud crítica que hacen los Abogados tecno-jurídicos a los teóricos-jurídicos, en tanto los primeros reducen el derecho al ordenamiento jurídico positivo, tratando de demostrar que su utilidad se encuentra y se descubre en la praxis, que finalmente es a lo que debe atender el operador jurídico, como si la teoría general del derecho y la dogmática jurídica no fuera el punto de partida del derecho como ciencia y como disciplina científica.

Pero si avanzamos en el análisis del concepto de derecho, vamos a descubrir que el estudio del mismo, no podría reducirse a la norma, ni al ordenamiento jurídico, en tanto la primera es el mismo concepto del segundo visto desde el punto de vista plural, como tampoco podría construirse un concepto de derecho si no se tiene en cuenta la noción jurídica de causa y efecto. Esa causa nace de una necesidad social, que requiere la concreción del derecho en una norma jurídica. De allí que afirmemos, que el derecho es organización. Esa es la tarea de los Abogados investigadores socio-jurídicos, en tanto conciben el derecho como ciencia, como disciplina científica, en donde sus fuentes de producción encuentran su origen en necesidades históricas y su interpretación deben cumplir el fin político, social, económico y cultural que motivó su expedición, es decir, estudian el derecho desde un punto de vista externo.

Pero como la norma se queda en el tiempo, y la sociedad avanza, es necesario que la teoría del derecho se desarrolle en la construcción de un escenario sobre el cual se desenvuelva y fluya un ordenamiento jurídico que debe servir de respuesta a la regulación de las nuevas relaciones sociales que se suscitan en toda organización social, que por lo sistémica, compleja, legítima y dinámica, exige equilibrios, prerrogativas, garantías, autoridades,

controles y limitaciones. De ello se ocupa la sociología jurídica y la filosofía jurídica socio-política.

El concepto de derecho, entonces, tiene relación con una teoría del derecho que se ocupa de su estudio desde un punto de vista interno, es decir, de ello se ocupa la dogmática jurídica y la teoría general del derecho, que fundamenta su eficacia y validez, ya en factores normativos sectoriales particulares, o generalidades comunes al derecho como un todo. De allí, que es necesario que el sistema jurídico debe contener normas que sean compatibles con este y con sus reglas, principios, equilibrio entre poderes, de tal manera que genere seguridad jurídica y que tenga relación con los hábitos y valores de una cultura social.

Con fundamento en lo anterior, se puede señalar que la dogmática jurídica es una disciplina científica, que la teoría general del derecho es una disciplina filosófica y la sociología jurídica como ciencia descriptiva. Gregorio Robles, en su obra *Introducción a la Teoría del Derecho*, señala que en las últimas dos o tres décadas del siglo XX, surgió un movimiento que introdujo la división de la historia del pensamiento jurídico en tres etapas: la primera de ellas se fundaba en el dominio de la metafísica y se refiere a la etapa del derecho natural; la segunda se guindaba en la física y la praxis como forma de aprehender el conocimiento y es la etapa del ius positivismo y la tercera de las etapas, se refiere a la Teoría del Derecho, que surge como alternativa, de la crisis del positivismo y del derecho natural.

Por ello, se podría afirmar que la Teoría Jurídica sería la filosofía jurídica posterior a la crisis del positivismo, en la que el filósofo y el jurista se encuentran para plantear nuevas formulaciones dirigidas a superar las diferencias tradicionales que se plantean entre el ius naturalismo y el ius positivismo.

Para los teóricos jurídicos, ésta más que filosófica es jurídica. Kaufman en su obra, *Filosofía del Derecho*, señala que la filosofía jurídica tiene en común con la teoría del derecho que ella no se limita al derecho vigente, sino que también se ocupa del derecho justo. La filosofía del derecho a diferencia de la teoría del derecho, piensa a partir de ella se

produce la emancipación de la filosofía, ya que el jurista prefiere solucionar los problemas del derecho en un escenario propio y no desde la filosofía, como lo pretenden los primeros.

I.- EL ESTUDIO DEL DERECHO: UN ENFOQUE EXTERNO Y UN ENFOQUE INTERNO.

1.1 Desde el punto de vista externo:

a.- El derecho como fenómeno y como causa.

b.- El derecho como fenómeno social: Sociología del derecho o sociología jurídica y la filosofía del derecho socio-política o filosofía jurídica político-social.

Para ahondar en el planteamiento anterior, estudiaremos el derecho desde dos enfoques como lo propone el Profesor Rafael Hernández Marín, en su obra Introducción a la Teoría de la Norma Jurídica. El primero de ellos, **es el estudio del derecho desde el punto de vista externo, que se reduce al (a) derecho como efecto y como causa, y (b) al derecho como fenómeno social.**

En cuanto al (1) derecho como efecto y causa, señala que el derecho es un eslabón en la cadena de causa y efecto. Ello significa que las normas jurídicas son, por un lado, efectos producidos por ciertas causas, y de otra parte, causas producidas por ciertos efectos. Los factores que constituyen las causas que generan la producción del derecho, son (a) las condiciones de vida de la sociedad y (b) las finalidades perseguidas por los miembros de la sociedad. Las condiciones de vida de o existencia de la sociedad son las diversas relaciones familiares, laborales civiles, ya permanentes o transitorias, que desde luego se presentan entre los distintos actores de la sociedad, que desde luego están influidos por elementos físicos, biológicos, históricos, psicológicos, políticos, geográficos, ideológicos, económicos religiosos, culturales etc.

En relación con las finalidades que persiguen los miembros de la sociedad, también influyen en la producción del derecho, pues las normas tendrán un alcance o contenido de tal manera que con ella se pueda alcanzar los objetivos económicos, sociales. Por ello, las normas jurídicas son causas productoras de ciertos efectos, que desde luego apuntan a orientar el comportamiento de los sujetos jurídicos.

En cuanto al derecho como (2) fenómeno social, encontramos que en el las normas jurídicas ocupan una posición intermedia entre los factores que las condicionan y las consecuencias que ellas producen frente a la sociedad y los sujetos jurídicos. Tanto los unos como los otros, son fenómenos sociales relacionados con el Derecho, pero situados por fuera de el, es decir, no pertenecen al derecho.

El estudio del derecho desde el punto de vista externo, desde la óptica de un fenómeno social, viene siendo estudiada hoy por hoy, por la sociología del derecho o sociología jurídica, situada en el campo científico y la filosofía del derecho socio política o filosofía jurídico- político social, ubicada en el plano filosófico.

La Sociología del derecho o sociología jurídica, es la ciencia del derecho que plantea su propia metodología para el estudio del derecho, y en especial frente al derecho vigente, como un fenómeno social, relacionado con otros fenómenos sociales no jurídicos. La sociología del derecho estudia el derecho vigente, el derecho actual. La sociología jurídica es una rama de la sociología y como tal es empírica, que describe objetivamente una realidad, obtiene y analiza datos, los procesa y obtiene a partir de ellos una resultado. A partir de ella, podríamos concluir si ciertas normas tienen una eficacia real o simbólica en otros casos.

La filosofía del derecho socio-política o filosofía jurídica político-social, por su parte, es la reflexión filosófica acerca del Derecho desde el punto de vista externo. Desde el punto de vista material, los temas tratados son problemas importantes y de trascendencia y con

frecuencia de actualidad, de la vida social y política, tales como la pobreza, desigualdad social, eutanasia, el aborto, la guerra, la obediencia al derecho, las relaciones de sujeción.

En cuanto a los resultados, este tipo de filosofía jurídica, no se limita a describir y analizar los asuntos de que se ocupa frecuentemente, sino que sus descripciones o análisis van acompañados de sugerencias o prescripciones frente a lo que puede o no hacerse. La filosofía del derecho socio-política es disciplina más especulativa que empírica.

1.2 El Estudio del derecho desde el punto de vista interno:

a.- La dogmática jurídica

b.- Teoría general del derecho

La otra forma de estudiar el derecho, es el enfoque desde el (2) punto de vista interno. Ello significa que se debe prescindir de todo lo de las relaciones sociales y de cualquier otra en las que el derecho se encuentre inmerso. El derecho, es analizado por dentro, por la dogmática jurídica en el plano científico, y por la teoría general del derecho desde el plano filosófico.

La dogmática jurídica es el conjunto de estudios sectoriales acerca del derecho actual, realizados desde el punto de vista interno, pues es sabido que en el derecho de un país existen diversas ramas, tales como el civil, el comercial, administrativo, penal, laboral, procesal. Cada una de las ramas o disciplinas por su parte, está integrada por un conjunto de normas jurídicas, que al estudiarlas descubrimos rasgos que le dan a cada disciplina una especie de autonomía relativa frente a las otras.

La dogmática jurídica está integrada por ese conjunto de conocimiento sectoriales, es decir, existe una dogmática penal, una dogmática civil etc. Allí surge la primera diferencia entre la dogmática jurídica y la teoría general del derecho, en tanto la primera estudia el derecho de manera sectorial, es decir por disciplina, tratando de configurar una identidad

propia, y la segunda estudia todas las ramas y disciplinas del derecho, incluyendo todos los aspectos comunes a todos los derechos y a todos los ordenamientos jurídicos.

La teoría general del derecho, adopta una perspectiva generalista para estudiar el derecho, ya que se ocupa del derecho entendido como un todo, no concibe al interior ramas y disciplinas, mientras que la dogmática jurídica adopta una perspectiva particularista, en tanto, reconoce la existencia de ramas y disciplinas al interior del derecho y por ello a partir de ese reconocimiento, crea una dogmática jurídica para cada disciplina y se limita a estudiar la rama del derecho que le corresponde. La teoría del derecho por su parte, sólo reconoce al interior del derecho, no ramas y disciplinas, sino Teorías sobre la Norma jurídica, Teorías sobre los Cuerpos Jurídicos y Teorías del Sistema Jurídico.

Con la anterior presentación, ya nos ubicamos en el estudio del la Teoría del Derecho, que es la materia sobre la cual se ocupan las reflexiones de este trabajo, es decir, sobre el estudio del derecho desde un punto de vista interno.

II.-. INTRODUCCION A UNA TEORIA GENERAL DEL DERECHO

Al referirnos al Derecho, en cualquier escenario hacemos referencia a la omnipresencia de lo jurídico en todos los ámbitos personales, familiares, íntimos, comerciales, laborales de la vida humana, prescindiendo dar un concepto sobre el mismo. Frente a la actuaciones del hombre en sus distintas relaciones en sociedad, observamos dos enfoques. Uno el de que el hombre compra, paga sus obligaciones, por la idea que tiene de que el Derecho es fuerza, con la facultad de respaldar las órdenes y prohibiciones que emita la autoridad, es decir, la idea del derecho como restricción de la libertad. El otro enfoque, hace relación a otras normas que también orientan y regulan la actuación del hombre, y es la idea de que el hombre cumple sus obligaciones, compra, paga, por situaciones que tienen un origen distinto, tales como de orden religioso, imperativo moral, costumbre de familia, el hábito de la colectividad o de un asentamiento humano.

Algunas de las normas anteriores, tienen la particularidad de que su incumplimiento puede dar lugar a la imposición de sanciones a la orden de su cumplimiento mediante mecanismos de coacción o de fuerza. Estas características al parecer le dan una mayor entidad a esa concepción y procedimiento y es el Derecho.

Para empezar a construir una definición del Derecho no podríamos hacer sin poder enfrentar los problemas que ofrece la ambigüedad del término, ello hace que puede entenderse de varias maneras pero sin embargo de ellas se construye una cadena entre sí hasta el punto que un significado no puede definirlo sin hacer referencia al otro, veamos:

a-Derecho como Derecho o conjunto de reglas. Se refiere a las reglas que impone el orden jurídico, en cuanto permite, prohíbe o autoriza realizar una actividad. Ejemplo: quien matare a otro se le impone tal pena, el que no pague el canon de arrendamiento se le adelanta un juicio de lanzamiento.

b-Derecho como Derecho subjetivo o facultad de la que goza una persona. En este caso también la norma producida por el estado hace parte del ordenamiento jurídico pero ya no autoriza o prohíbe si no que por el contrario reconoce o niega un derecho a la persona ya sea natural o jurídica. Ejemplo: toda persona tiene derecho a la vida, a la educación, a la salud ó tales personas no tienen derecho a pensión de jubilación.

c-Derecho como ciencia o actividad interactiva. Tiene el fin de permitir el estudio y conocimiento del Derecho a través de la actividad explicativa y sistematizadora que realizan los juristas a través de la dogmática del Derecho.

d-Derecho como ideal de justicia. Concibe el Derecho no desde el ordenamiento jurídico sino del deber ser, de lo que debería existir.

Por lo anterior podemos afirmar que pueden coexistir varios conceptos del Derecho, hasta tal punto que muchos autores han propuesto la conveniencia de distinguir tres enfoques

sobre esa realidad jurídica así: el Derecho como hecho, el Derecho como valor y el Derecho como norma.

a-El Derecho como hecho, es un fenómeno social que admite un estudio empírico a partir de la vida del hombre en sociedad, es un hecho cultural del mismo género de la religión el arte o las costumbres. Por ello todas las sociedades han conocido un cierto orden jurídico cuyo contenido aparece siempre relacionado con el tipo de organización económica, social y política, lo que nos conduce a concluir a que el Derecho aparece y refleja las peculiaridades y razones de cada grupo humano. De otra parte si bien las instituciones jurídicas nacen de intereses, conflictos o valores sociales, el Derecho termina independizándose de su origen social y puede desempeñar funciones o servir a fines distintos y aún contradictorios de aquellos que explicaron su nacimiento; de allí que una vez redactado el documento legal las palabras del texto comienzan a desarrollar una vida propia

El Derecho entonces es también un instrumento de transformación de la sociedad y una instancia legitimadora del modelo de organización política.

b-El Derecho como valor. Contiene un punto de vista sobre la justicia que requiere una aproximación desde la moralidad. Nos permite concebir las normas jurídicas como juicio de valor o desvalor de acciones suponiendo que detrás de ellas existe siempre un bien que se pretende garantizar y un mal que se quiere evitar. Así mismo detrás del sistema jurídico existe un modelo de legitimidad o justificación moral que hace que la obediencia al mismo sea efectivo no solo por el temor al castigo sino por el convencimiento de su bondad ética.

c- El Derecho como norma. Es una regla de conducta que reúne características particulares. Si el Derecho como hecho nos remitía a un estudio sociológico y el Derecho como valor a un enjuiciamiento moral, el Derecho como norma supone un estudio esencialmente jurídico realizado por la autoría del Derecho y la dogmática jurídica. Este enfoque normativo se asemeja a la justicia, en tanto ambos se refieren a normas que contiene proposiciones acerca de cómo deben comportarse las personas, no como efectivamente se comportan.

La descripción del Derecho como norma, adopta el lenguaje de las normas, se prohíbe, se autoriza.

III.- EL CONCEPTO, LA VALIDEZ Y LA EFICACIA DEL DERECHO.

Estos conceptos tienen relación con los enfoques anteriormente analizados, en tanto la validez tiene que ver con el Derecho como norma, la eficacia alude al Derecho como hecho y la justicia es la idea fundamental del Derecho como valor. La validez, la eficacia y la justicia constituyen criterios para evaluar la norma en sistema jurídico. Ello nos permite establecer si una norma es válida o inválida, eficaz o ineficaz, justa o injusta, partiendo de la idea del Derecho como norma, no como hecho o valor.

a-Validez. Para H. Kelsen por validez se entiende la existencia jurídica de una norma. Para el Derecho, un juicio de validez es o pretende ser un criterio descriptivo acerca de una prescripción, acerca de un determinado modelo de conducto que se considera jurídicamente vinculante u obligatorio en una sociedad. Por ejemplo se formula un juicio de validez cuando se dice que en Colombia los Municipios obligan a los propietarios a pagar por sus inmuebles el impuesto predial cada año, pero también lo hay cuando se afirma que en la tribu Arahucacas se venera al Mamo, que es el anciano sabio de la comunidad.

Validez, significa entonces existencia de una norma, de una prescripción, de un deber ser. Otra cosa es que los sistemas jurídicos exijan para validez de una norma condiciones que deben reunir para que la podamos considerar existente en un ordenamiento jurídico. La validez tiene dos conceptos: uno validez como pertenencia al sistema jurídico y otro validez como mera existencia de la norma. La validez como pertenencia es un principio independiente de que la norma sea más o menos observada, de que nos parezca más o

menos justa; por tanto una norma puede ser válida y existente aun cuando nunca se haya aplicado ni nadie haya acomodado su comportamiento a lo que la norma prescribe.

La validez como pertenencia significa que la norma reúne todas las condiciones establecidas por el sistema jurídico para considerar que una norma forma parte del mismo, como ellas son:

-Que haya sido creado por el órgano competente. En un sistema jurídico la potestad de crear la norma es regulada de tal manera que no toda persona u órgano puede hacerlo. Existe una norma superior que señala quien esta habilitado para crear las normas.

-Que se haya conservado el procedimiento establecido para la creación de normas. Como la norma es la expresión de un acto de voluntad esta no puede ser producida de cualquier manera sino como lo indica una norma superior en el sentido de establecer los pasos, requisitos para expedirla.

-Que la norma no haya sido derogada. Para que una norma pueda desaparecer del universo jurídico debe haber sido dispuesto por otra norma ulterior. La derogación puede ser explícita, cuando la norma señala que queda derogada tal ley, pero también puede ser implícita y se presenta cuando la norma posterior no se refiere a ninguna en particular sino que dispone que queda derogada todas las normas que les sean contrarias.

-Que la norma no resulte contradictoria con alguna otra norma superior del sistema. Esto obedece a que las normas del Derecho se encuentran jerarquizadas y las normas de inferior jerarquía tienen una relación de sujeción con la superiores. Cuando hay ruptura de esa relación de sujeción la norma inferior es inválida por vicio material o de contenido al ser contraria la norma inferior a la superior. La noción de validez de la norma supone el funcionamiento del estado de Derecho, la presunción de legalidad como presupuesto de la vigencia de todo orden jurídico.

b-Eficacia. Entendemos por esta la fuerza que tiene una norma para alcanzar un fin, la idoneidad como instrumento para lograr determinado objetivo, así los juicios de eficacia de una norma se basa en un análisis de hecho que interesan a la política jurídica, al estudio o diseños de las instituciones jurídicas, con el fin de que estas obtengan los mejores resultados. El mayor o menor grado de eficacia de una norma se mide por su grado de contribución a la consecución del fin; si las normas procesales deben orientarse a tutelar los derechos, a la realización de la justicia, entonces su eficacia depende de la medida en que efectivamente lo logre.

Por ellos las distintas normas del sistema jurídico llevan inmersas un conjunto de fines y medios, en tanto cada una de ellas representa un instrumento para alcanzar un fin previsto en otra norma, pero también ella percibe un objetivo que debe ser satisfecho por otras.

La eficacia entendida como respeto al cumplimiento efectivo nos conduce a establecer que una norma puede ser absolutamente eficaz por que todos sus destinatarios la observan, pero a su vez puede resultar ineficaz para alcanzar los objetivos hacia los que debería enderezarse según el sistema jurídico. Ello nos muestra que la eficacia como respeto o cumplimiento es una condición necesaria pero no suficiente de la eficacia como instrumento, pues que una norma sea eficaz por su obediencia depende de los destinatarios y que lo sea como instrumento depende que este bien diseñada por la autoridad que la creo y que los comportamientos que imponen sean los mas adecuados para conseguir el fin.

La Eficacia, entonces hace relación al cumplimiento efectivo de una norma. O dicho de otra manera. Una norma es eficaz, cuando los destinatarios se ajustan a su comportamiento o a lo prescrito en la misma. Existen normas que se cumplen espontáneamente sin necesidad de recurrir a la sanción y en muchos casos sin que los destinatarios conozcan de manera precisa la prescripción jurídica, sino que la funda en consideraciones morales, religiosas, culturales etc. Encontramos otras normas, que generalmente se obedecen mas por temor a la sanción que por la espontánea asunción de su contenido por parte de los destinatarios. Estas normas jurídicas no coinciden con las normas morales observadas en una sociedad o comunidad o que protegen valores no compartidos en la misma; o también a

las normas meramente convencionales que sirven de finalidad organizacional o de seguridad jurídica.

De otra parte, existen normas que habitualmente se incumplen a pesar de aplicarse sanciones. En este caso, los destinatarios, prefieren recibir la imposición de una sanción, pero no renuncian a incurrir en el comportamiento prohibido- Ejemplo, la infracción de una señal de tránsito. Así mismo, existen otras normas que habitualmente se incumplen sin que se impongan como consecuencia de ello la sanción del aparato coactivo del Estado. Este es el grado mínimo de la eficacia de la norma o la más alta expresión de ineficacia de la norma.

Así, existe una relación indiscutible entre validez y eficacia en donde la independencia lejos de ser absoluta, se presenta en un grado de relatividad, que la validez requiere de la eficacia y la eficacia de la validez.

c.- Justicia. Atiende a que la justicia mida la adecuación de la norma o del conjunto del sistema a un orden normativo distinto al Derecho, pero que se relaciona con el y se denomina moralidad. Toda norma jurídica contiene un ideal de justicia, ya que su objeto lo constituyen las acciones humanas libres respecto de las cuales cabe siempre emitir un juicio moral, y es de lo que precisamente el derecho se ocupa cuando ordena, prohíbe o permite.

Si la norma es evaluada desde los criterios de justicia que suministra algún orden moral, ello puede significar que la existencia de la norma jurídica como tal, es previa a dicha evaluación, o dicho de otra manera, ni la justicia, ni la injusticia de la norma jurídica son rasgos esenciales o necesarios, sino contingentes. De allí que una norma puede ser válida o eficaz, o ambas cosas al tiempo, y sin embargo no ser justa, en cambio no se concibe una norma auténticamente jurídica que se ajuste, pero que no sea válida o eficaz. La justicia no puede hacer de una norma moral una norma jurídica, ni la injusticia supone que una norma jurídica deje de serlo.

IV.-EL OBJETO DE LA CIENCIA JURIDICA

5.1 El Objeto de la Ciencia del Derecho.

Para que un saber tenga el carácter de científico debe tener objeto propio y método adecuado, es decir que si se piensa en el saber a partir de un objeto determinado extraído del mundo de la realidad es posible predicar un saber que atienda las singularidades concretas de ese objeto, o un saber científico que sistematizando los conocimientos de ese objeto en relación con la región ontológica a la cual pertenece, entra metodológicamente en las generalidades del mismo, o de un saber filosófico que aspira a la unidad, a la universalidad centrándose en las bases en que apoya el saber y los valores a los que aspira realizar.

A partir del concepto de ciencia es posible y fundamental llevar a la explicitación del objeto propio del derecho. En la disciplina científica del derecho se han generado múltiples polémicas a cerca de su objeto propio. Para Kelsen el objeto propio del derecho son las normas jurídicas que como consideración del Derecho en su deber ser también lo comparten Grocio y Kant.

Savigny y el historicismo creen que el derecho es algo real, empírico que se da en la historia y por lo tanto en el tiempo y en el espacio derivado del alma popular. La mayoría de las doctrinas contemporáneas consideran objeto de la ciencia del Derecho no un único objeto, si no este o aquel como en relación con otro u otros, diversificando sus direcciones en un pluridimensionalismo o poliformismo del objeto del derecho. El Derecho es un conjunto de normas reguladoras del comportamiento. Por tanto, sin duda el comportamiento humano, en consonancia o disonancia con esas normas postuladas, no le es ajena.

El Derecho intenta a través de esas normas que regulan el comportamiento realizar valores en la creación, la interpretación y la aplicación. Los valores entonces tampoco le son ajenos al Derecho. El objeto propio del Derecho consiste en una estructura prescriptiva, que establece una determina forma de vinculación de obrar a la que se atribuye el respaldo de la fuerza pública, que requiere además un método adecuado que junto con su objeto son los ingredientes fundamentales de un saber con pretensión científica

5.1.1 Disciplinas que estudian el fenómeno jurídico. Estas son: La Introducción al Derecho; Historia del Derecho; Teoría General del Derecho; Enciclopedia; Sociología Jurídica; y el Derecho Comparado. Algunos autores, sostienen que la introducción al derecho es una disciplina jurídica autónoma, con contenido propio y otros sostienen que es una disciplina auxiliar para la elaboración científica del derecho, sus formación y aprendizaje.

La doctrina unánimemente ha coincidido en que la introducción al derecho debe suministrar una clara visión del panorama jurídico, tratando de explicar el derecho con la mayor amplitud y profundidad, a través de cada uno de los alcances conceptuales de sus instituciones que le interesan a la técnica jurídica. Sin embargo, Alvarez Gardiol, ha señalado que no comparte el criterio que le da a la introducción al Derecho el carácter de disciplina científica con contenido propio. Por el contrario, la considera como una disciplina introductoria necesaria, para quienes estudiar el derecho como fenómeno jurídico.

Su objetivo principal es el de suministrar a lo estudiosos del derecho, o a quienes se disponen a formarse en ella, los instrumentos necesarios para acceder al conocimiento sistematizado de las distintas ramas del derecho positivo, que puede ser provisional, mientras el estudiante va profundizando en la disciplina, y luego de una formación primaria podemos afirmar que ese conocimiento es definitivo. Luego, de avanzar en el estudio de la norma y de las distintas fuentes del derecho, esos conocimientos integrados, constituyen las nociones básicas que suministrará la ciencia jurídica y presupuestos esenciales cuyo

conocimiento sólo se logrará por los senderos de la filosofía. De allí, que podamos concluir, que la introducción al derecho, no es una disciplina científica del derecho, sino un método y una técnica para estudiar, comprender y analizar el derecho como disciplina; es una técnica de su aprendizaje.

La historia del derecho por su parte, es una disciplina científica que nos permite establecer los sujetos que concurren a la formación de la vida jurídica, la forma en que cada uno de ellos lo hace en cada época y la relación que se entabla entre ellos, permitiendo poderes así la importancia que a cada uno le compete. Tanto que Savigny, en su Escuela histórica del derecho, no solo estudia el derecho anterior, sino también sus fuentes de producción, y a partir de ello pretende encontrar la solución a los complejos problemas del derecho. Así mismo, nos permite acercar el derecho al Estado, en tanto acompañan al investigador de manera permanente en el descubrimiento de sus hitos, la estructuración del Estado y el Derecho y la forma como interactúan.

La Teoría General del Derecho, empieza a construirse desde la segunda mitad del siglo XIX, como reacción a la posición imperante de que el conocimiento jurídico debía construirse como resultado de los logros de las disciplinas empíricas, despreciando los estudiosos que desde la óptica ultraempírica trataban de explicar el derecho. Estos que hacían teoría jurídica, iban mas allá de tales pretensiones, y florecieron en Alemania, extendiéndose mas tarde a España. Bélgica e Italia y en Inglaterra. En Alemania, entre otros trazaron el derrotero Adolf Merkel y en Inglaterra John Austin.

La primera metodología de la teoría general del derecho es el método empírico inductivo que implica el previo conocimiento de aquello que se pretende saber y sistematizar para lograr sus generalidades y es esa actitud metodológica en su primera expresión histórica. Luego, surge una aspiración generalizada, y es la de definir unos conceptos básicos del derecho que puedan ser válidos para todas las posibles disciplinas o ramas del derecho positivo.

Así como la doctrina de todas las ramas del derecho positivo había logrado sistematizar todos los conceptos básicos, como condición previa para el estudio de ella (introducción al derecho), la teoría general del derecho, se propuso a partir de todas aquellas partes generales, establecer u también unos conceptos generales, válidos para todas las distintas materias que integran la realidad jurídica.

Después de varios intentos doctrinarios, Kelsen, da a la disciplina su más avanzado alcance, desprendiéndose del derecho natural, que le impedía seguir en la construcción del más amplio saber jurídico. La Teoría General del Derecho es independiente de la Filosofía del Derecho, en tanto la primera se ocupa de su objeto que es el derecho positivo, tal como es en la realidad jurídica; mientras que la filosofía del derecho se ocupa del derecho positivo, tal como debiera ser de conformidad con las pautas universalmente aceptadas.

La teoría del derecho, de desarrollar sus conceptos jurídicos, a partir del derecho positivo. La dogmática del derecho se parece a la teoría del derecho, en que coinciden en el propósito de hacer desarrollos a partir del derecho positivo y se diferencian en que la Teoría General del Derecho le importan los aspectos más genéricos y comunes a ese objeto, mientras que la dogmática se interesa por las particularidades del mismo.

La Sociología jurídica se interesa por el fenómeno jurídico en tanto este se presente como hecho social que se produce en el interior de la sociedad, tratando de establecer los orígenes del derecho o de la norma en el plano de causa –efecto, en tanto estas reglas determinan el comportamiento del hombre en la realidad. Esta disciplina, sólo analiza hecho, los interpreta y a partir de ella establece los comportamientos del hombre de la sociedad y con criterios de medición concluye sobre el grado de eficacia de la ley, como norma de comportamiento social y su incidencia en la realidad que pretende regular o intervenir.

Por último, el derecho comparado más que una división o rama del derecho, considero que es una manera de estudiar o investigar el derecho como disciplina o como ordenamiento jurídico, en relación con las mismas normas u ordenamientos jurídicos, pero de otro Estado. El derecho comparado, tiene la utilidad de servir como ejercicio del conocimiento, otro

como poder de copia, en tanto podría ser llevado las instituciones jurídicas de un Estado a otras y por el otro, el poder adaptación, en tanto las instituciones pueden ser un punto de partida pero que se trasladan a otro sistema, pero adaptándolo a las circunstancias particulares de esa realidad jurídica, social, política, cultural y económica.

VI.- LA UTILIDAD DE LA TEORIA DEL DERECHO EN LA PRAXIS: LA CREACION Y APLICACIÓN DEL DERECHO POR EL JURISTA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL.

Luego de estudiar el derecho como ciencia del saber humano, y los objetos de los que se ocupan cada uno de las disciplinas jurídicas antes indicada, es preciso referirnos a cada una de las escuelas filosóficas del derecho, que nos muestran una manera de ver el derecho desde la óptica del derecho occidental y que desde luego tienen el reconocimiento de haber sentado las bases para que en distintas épocas se construyeran las nociones básicas, fundamentales que dieron lugar a la formación de la teoría del derecho como tal. La utilidad de ella, y de la que aquí nos ocupamos hoy, fue descubierta en bajo, medio y finalmente en alto grado, por cada una de las escuelas del pensamiento filosófico- jurídico, que finalmente nos mostraron, que sus discusiones no tenían un fin en sí mismo, sino que tenían como objetivo principal encontrar justificación a la construcción de una teoría del derecho consistente, que partiera de una racionalidad, pero también de legitimidad y de autoridad; ellas son: EL IUSNATURALISMO, EL IUS POSITIVISMO Y EL REALISMO JURIDICO. Luego reflexionaremos sobre la utilidad de La teoría del derecho en la creación y aplicación del derecho por el jurista en el Estado constitucional.

6.1.- EL IUSNATURALISMO. Igualmente denominada escuela del derecho natural, que tiene sus raíces en la antigua Grecia, en donde se le atribuían a las personas algunos derechos considerados connaturales y anteriores al hombre, por la cual se decía que eran producto de la naturaleza humana y de la naturaleza de las cosas. En la edad media, la

doctrina del derecho natural fue enriquecida por los padres de la Iglesia y por la filosofía escolástica de Santo Tomás de Aquino y San Agustín.

Para la Escuela del Derecho Natural ciencia y filosofía se confunden e identifican, en la medida en que la ciencia jurídica es al mismo tiempo la filosofía del derecho: el ius naturalismo encontró el rechazo abierto al positivismo. El derecho natural contiene toda una teoría del conocimiento jurídico, una ontología, una formulación de los valores jurídicos y de la inserción del derecho en la vida del hombre y de la sociedad.

El ius naturalismo admite una concepción dualista del derecho, pues con la proclamación del ideal de justicia como sustento filosófico y jurídico del derecho natural, se acepta la existencia de un derecho elaborado por los hombres para regular las relaciones específicas de una determinada sociedad. Se trata del derecho positivo, cuya vigencia en el plano de las leyes humanas, estará limitada por las exigencias del derecho natural, así necesite consultar las circunstancias de tiempo y lugar en las cuales ha de aplicarse. Pero además la potestad de promulgar normas positivas es de origen natural, pues del derecho natural derivan el poder social y la capacidad de compromiso y de pacto.

Los iusnaturalistas señalan que la ley natural expresa la dirección fundamental de las relaciones del hombre con los demás, porque la sociedad es un producto de las características naturales del hombre. Sustenta el sistema de normas jurídicas que regulan la organización social en unos principios –valores que vinculan al derecho con la moral, con la política, la ética. Los preceptos existen porque existen los derechos y no porque los derechos sean autorizados por los preceptos. Así las leyes deben consultar la justicia, porque ese es el ideal, por ello las leyes injustas, por ser contrarias a la ley natural, no vinculan al hombre como persona y sólo pueden imponérsele por la coacción de la autoridad.

6.2 EL IUS POSITIVISMO.

En la segunda mitad del siglo XIX nace una nueva corriente que se fundamentó en las realidades fácticas y en la verificación empírica de los hechos. Se impuso la física sobre la metafísica, con lo cual se rompió la identificación iusnaturalista entre ciencia y filosofía.. El gran escenario del positivismo fue el de las ciencias naturales, pero luego al proyectarse sobre la realidad social, dio lugar al nacimiento de la sociología. Así mismo, se proyectó hacia el derecho, dando origen al ius positivismo.

Para el ius positivismo, el derecho es una ciencia autónoma que le da mayor importancia la formalismo jurídico en la aplicación de la ley y a la ley como fuente suprema del derecho. El positivismo jurídico supone que el derecho es una especie de sistema que lleva implícitas todas las respuestas. Rechaza el dualismo de los ius naturalistas y proclama que hay solo derecho que es el positivo.

Para los especialistas del tema, existen dos especies de positivismo jurídico: Uno de ellos, el legalista, representado en la Escuela de la Exégesis, como respuesta a la desconfianza que se suscitó frente a los jueces, que aplicaban en sus decisiones criterios propios del viejo régimen monárquico, mientras los parlamentos producían legislación con criterio republicano. Después surge el positivismo normativista, que considera que el derecho no es la ley sino la norma. Entiende por norma la ley, la jurisprudencia y la costumbre. Kelsen es el vocero del positivismo normativista, para el cual todo acto de aplicación de la norma es un acto de creación y todo acto de creación es un acto de aplicación, salvo en el evento en lo que llamó la norma fundamental, que es una ficción, una idea, un dogma, que justifica su pirámide normativa y su teoría del derecho por grados.

Hans Kelsen, era un jurista Austriaco, formado en la Escuela de Viena, que se distancia del positivismo legalista y en su obra Teoría Pura del Derecho, sienta las bases del positivismo moderno, desde el cual pretende señalar y definir qué es el derecho en sí mismo. Para Kelsen, lo esencial y mas importante del derecho, es la norma jurídica., la cual puede estructurarse según las formas y su contenido. En cuanto a su contenido, estamos frente a

una norma moral y frente a su forma es una norma de carácter jurídico. La validez de una norma moral depende de su contenido, pero la de una norma jurídica depende de su forma.

6.3.- EL REALISMO JURIDICO.

El realismo jurídico, es una escuela que en el siglo XX introdujo dos corrientes del pensamiento jurídico. Una, es el denominado Realismo Jurídico Noreamericano y el otro escandinavo. El realismo USA, surgió hacia los años 1930, atribuido al jurista Kart Lewellyn, quien publica un artículo comentando algunas actitudes del Decano de Harvard, Roscoe Pound. Montan su pensamiento jurídico sobre aspectos empíricos y funcionales en el análisis de la Teoría del derecho, formulando planteamientos, que convierten la función judicial en le gran motor creador del derecho. Para los ius realistas, el derecho consiste en definiciones y previsiones de futuras decisiones y no en reglas. Cada vez que un juez decide un caso está creando derecho.

El realismo jurídico escandinavo, según Alf Ross, el Derecho es el contenido abstracto de las normas jurídicas. Aunque critica a Kelsen, se les atribuye un cierto matiz positivista en la medida en que asumen el método jurídico como la operación consistente en el tránsito de la regla general a la decisión particular, pero es regla se refiere tanto a la ley, como a la costumbre, al precedente, a la razón. Según Ross, el derecho es un conjunto de directivas que los jueces podrán tener en cuenta en la fundamentación de sus decisiones. Maneja una especie de realismo moderado, que no desconoce la importancia de las normas en el análisis jurídico sino que además de la realidad normativa, considera una realidad social que tiene que ver con el derecho en acción.

Las escuelas arriba analizadas, participaron en la construcción de unos conceptos básicos del derecho, sus fuentes, su objeto, forma contenido e interpretación y aplicación del mismo. Esos conceptos básicos, son obra de la teoría general del derecho, que por lo demás, ya empieza a mostrar su utilidad, en tanto parte de elementos mínimos y básicos

que al menos todos compartimos conceptualmente y que a partir de ellos sirven para discutir, disentir y compartir teoría jurídicas.

En la teoría general del derecho, encontramos las posibilidades sistemáticas de análisis y definición de los conceptos fundamentales de un orden jurídico y por esto se entienden aquellos conceptos que son tan fundamentales para la vida jurídica que juegan un papel importante en todo orden jurídico, tales como las obligaciones, los contratos, pena, dolo, culpa etc. Sin embargo, el concepto más importante, es el del propio derecho. Los ordenes jurídicos están, integrados por normas, que poseen cierto nivel de obligatoriedad al ser proferidas por el Estado.

La definición conceptual que hace la teoría del derecho de la norma jurídica, nos sirve para establecer su alcance, su naturaleza propia, pero también sus contenido y su forma y a partir de ella, descubrimos la causa de sus demanda y el efecto que la produjo, para aplicarla dentro de su contexto.

La teoría general del derecho, se ocupa de articular esos dos contextos anteriores y presentes, de tal manera que esos elementos comunes al derecho y a las normas jurídicas introduzcan en el ordenamiento jurídico la consistencia que exige la fuerza del derecho como orden, como norma, como contenido y también como forma.

La teoría jurídica tiene la responsabilidad de ocuparse de la construcción de la definición conceptual de aquellos instrumentos, que desde luego tienen una naturaleza jurídica, y que sirven no solo a la dogmática jurídica, sino a la sociología jurídica para ocuparse de sus propios objetos.

Por ello, un sistema jurídico que está integrado por los distintos tipos, conceptos y categorías normativas sólo integrará un orden, cuando la teoría del derecho ha llenado unos vacíos existentes, a través de los cuales las normas pueden producirse para contener por ejemplo sistemas y mecanismos para solucionar antinomias jurídicas, llenar lagunas, definir normas primarias, secundarias etc.

De allí, que si en algún escenario adquiere mayor importancia la teoría general del derecho, es la de la praxis jurídica, en tanto los destinatarios de sus definiciones conceptuales, de una parte serán los titulares de las fuentes de la producción del derecho, de otra los operadores jurídicos y las distintas posiciones que asuman los actores de las relaciones jurídicas, ya dentro de una relación de sujeción norma-ciudadano, norma funcionario o de una relación de norma- juez, norma- intérprete u operador jurídico.

El Estado Constitucional, no solo tiene la importancia que constitucionaliza todo el ordenamiento jurídico, dentro de un orden jerárquico, sino que para ello parte también de la definición conceptual de esas nociones básicas del derecho que se asumen y que ya en la conciencia jurídica de los operadores jurídicos están identificados como dogmas provisionales, hasta tanto no avance hacia una nueva construcción conceptual, de la que se ocupa la teoría del derecho, pero también de las particularidades de cada una de sus ramas, que es el escenario de la dogmática del derecho.

Por ello, cuando el Estado Constitucional garantiza a través de la cláusula de supremacía constitucional prevista en la Constitución Política, en virtud de la cual la Carta Política es la norma suprema es la norma de normas y la ley fundamental y por encima de ella no existe norma jurídica superior; es la teoría del derecho la que se ocupa darle alcance a esas nociones básicas, en donde la competencia de los constituyentes es su establecimiento, adopción y no su definición conceptual, porque de ello no se ocupa la Constitución, sino la teoría general del derecho.

Así mismo, los alcances del control en el Estado Constitucional tienen una nueva dimensión, en tanto reclama el auxilio de la teoría del derecho para establecer el alcance de la teoría del control, que no es lo mismo en el Estado de Derecho Liberal clásico, que en el Estado social y democrático y en el Estado Constitucional, en donde entendemos que en este último las medidas de control sobre el ejercicio del poder y la autoridad se maximiza.

La teoría general del derecho y la teoría de la argumentación jurídica se acompañan y van de la mano, cuando el operador jurídico una vez producida la norma quiere aplicarla, en tanto la primera le da los elementos conceptuales a la segunda, para que utilizando el lenguaje como instrumento justifique la aplicación de la norma en el sentido para el cual fue creada. Tal argumentación no es otra cosa, que la justificación que la norma está siendo útil al fin social, económico, político y cultural que justificó poner en movimiento o activar la fuente de producción del derecho.

Ahora bien, si la argumentación jurídica tiene la utilidad de justificar la aplicación de la norma en un caso concreto, entonces es un binomio que nos permite que afirmar que la teoría general del derecho sirve para solucionar problemas prácticos en un caso concreto desde las generalidades del derecho, tomando como instrumento y punto de apoyo la argumentación jurídica.

Pero de otra parte, también podemos decir, que la teoría del derecho junto con la interpretación, constituyen otro mecanismo alternativo de aplicación del derecho, puesto que resulta un ejercicio importante, en tanto la interpretación lo que hace es descubrir por dentro los alcances conceptuales que la propia teoría general del derecho le ha dado a esas nociones básicas o fundamentales de la ciencia jurídica.

En un Estado como el colombiano, observamos que la utilidad de la teoría general del derecho, cobra mayor importancia, en tanto nuestro sistema jurídico está montado sobre un sistema de fuentes de producción del derecho, en donde las normas están jerarquizadas; pero existe una cláusula general de competencia, que nos dice que los funcionarios públicos sólo pueden hacer lo que el ordenamiento jurídico le autoriza expresamente, por oposición a los particulares, donde opera el principio de permisión, según el cual los particulares pueden hacer todo aquello que no les esté expresamente prohibido. Ello nos permite, partir de una norma, de una competencia para aplicarla o hacerla efectiva, pero teniendo en cuenta una interrelación entre el individuo y la realidad social, que finalmente es la que va determinar el sentido de la aplicación de la norma y la orientación que el operador jurídico le va a dar a la norma.

Entonces, es cierto que la teoría general del derecho tiene la utilidad de permitirle al Estado como fuente productor del derecho, establecer en la norma, aquellos elementos jurídicos que hace que la norma sea jurídica, pero también permitirle al operador jurídico que haga abstracción de la norma y la aplique previa interpretación de los supuestos de hecho de la norma y de su consecuencia jurídica y con la carga argumentativa siempre justificar el porqué de la decisión, para tranquilidad del Estado constitucional, según el cual todas las decisiones deben estar motivadas y no debe existir fisura que permita a los justiciables y a los destinatarios del ejercicio del poder, evadir los controles previstos por la Ley Fundamental.

En síntesis, la teoría del derecho nos pone a los juristas de acuerdo sobre lo fundamental entendiendo por ello nociones, conceptos, definiciones que se asumen, que se aceptan para avanzar y profundizar en debates mas complejos, como la configuración y expedición de la norma, la consistencia del ordenamiento jurídico, la legitimidad de los órganos-fuentes de producción del derecho, los alcances de la interpretación del derecho, las teorías de la argumentación, el papel de la jurisprudencia, de la doctrina, de la costumbre y del precedente judicial.

Inocencio Meléndez Julio.
Profesor de la Facultad de Derecho
Universidad de los Andes