

El derecho como creación colectiva

de **Pablo Rodríguez Grez**

Ediciones Jurídicas

Universidad del Desarrollo,

1999

Hugo Rosende Alvarez

Profesor Titular de Derecho Civil

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Don Pablo Rodríguez Grez acaba de publicar el libro *El derecho como creación colectiva*, en Ediciones Jurídicas de la Universidad del Desarrollo, 1999. Esta tesis constituye un complemento de la *Teoría de la Interpretación Jurídica*, del mismo autor, y en ella se plantea que el derecho en una sociedad libertaria es elaborado colectivamente con intervención de las personas que deben cumplirlo.

1. El sistema jurídico

a) Para el autor, la organización de la sociedad puede asumir diversas formas, en uno de cuyos extremos se ubica el despotismo, donde una voluntad se impone a todas las demás del cuerpo social, y en el otro, está la anarquía, donde impera la libertad absoluta de los integrantes de la comunidad dominada por el arbitrio de cada cual. En un plano intermedio se encuentra el derecho, que reconoce una libertad limitada a cada persona, dentro de los límites del marco jurídico preestablecido.

b) La organización jurídica de la sociedad supone la existencia de un sistema normativo, compuesto tanto de normas generales, abstractas e impersonales, como de reglas particulares y concretas. El sistema jurídico es ordenado, de lo contrario deriva en el caos, y goza de una estructura orgánica, en que las normas y las reglas se disponen conforme a la función que les corresponde; el funcionamiento de ellas es armónico y derivado, en que cada norma ejecuta otra norma de rango superior y a su vez produce otras normas de rango inferior y otras reglas; y la validez de todas ellas depende de su adscripción al ordenamiento jurídico.

La prescripción jurídica tiene un rango distintivo, que es la sanción coercitiva, que consiste en una conducta de reemplazo que impone el Estado para cumplir compulsivamente la conducta infringida o para su cumplimiento por equivalencia, restaurando en ambas hipótesis el orden jurídico establecido y que ha sido quebrantado.

En definitiva, para que exista el derecho como sistema, es indispensable el reconocimiento y apoyo del Estado a las normas y a las reglas que éstas producen.

c) El sistema normativo es jerarquizado, parte de la norma de mayor generalidad y abstracción y desciende en múltiples escalones hasta llegar a la regla particular y concreta. La norma de superior jerarquía determina el contenido material de la norma inferior y fija el procedimiento por medio del cual la norma inferior se integra al ordenamiento jurídico. Lo expuesto es de enorme importancia, porque los principios y valores recogidos en la Constitución determinan la validez u obligatoriedad de las normas que le siguen en la línea descendente de la relación jerárquica. Si a ello se une el hermetismo constitucional que plantea el autor, es de toda evidencia el papel insustituible de la Carta Fundamental en la construcción de una sociedad libertaria.

d) El valor jurídico de la costumbre no escapa del sistema normativo, arrancando su fuerza obligatoria precisamente de las normas que la reconocen. Los tratados internacionales, por su parte, se ubican en el escalón asignado a la ley, teniendo su misma jerarquía.

e) El ordenamiento jurídico reconoce cinco poderes creadores del derecho: el Constituyente, el Legislativo, la Potestad Reglamentaria, la Jurisdicción y la Autonomía Privada.

En dicho ordenamiento confluyen dos categorías de prescripciones: una normativa y otra regulatoria. Lo normativo fija los límites de la actividad creadora de reglas y, por lo mismo, es relativamente estático y con permanencia en el tiempo. Lo regulatorio es el ámbito natural de las reglas, que es singular, concreto y actual. Por lo mismo es dinámico y cambiante. La adaptación del derecho a las nuevas y mutantes realidades de la vida social se logra a través de las reglas fundadas en el mandato normativo. En la elaboración de las reglas intervienen todos los miembros de la comunidad y se actualizan mediante la interpretación jurídica.

f) El acatamiento del mandato normativo puede ser espontáneo o forzado. Si el destinatario cumple espontánea y voluntariamente su mandato, él mismo elabora una regla personal, tácita y autocompuesta, que singulariza el mandato normativo. Esta regla autocompuesta puede ser perfecta o imperfecta. En el primer caso no hay oposición o reacción de terceros, y en el segundo, es impugnada o reprochada por otros. Impugnada la regla autocompuesta, deberá ser ratificada o recompuesta por una regla formal y expresa.

g) El papel de la interpretación jurídica es fundamental, porque la norma establece un marco que debe llenarse mediante la interpretación, dando lugar al nacimiento de una regla; y la transferencia de los elementos normativos a la regla deja siempre un margen de la misma índole, que se encargará de llenar quien elabore la regla.

De allí que resulte esencial ampliar la esfera de la interpretación, comprensiva no sólo de la fase formal que desentraña el verdadero sentido y alcance de la norma interpretada, según los elementos contemplados en los artículos 19 a 24 del Código Civil, que son los denominados gramatical, lógico, histórico y sistemático. También abarca la fase substancial, que describe la manera en que deberá construirse la norma inferior o la regla. Este trabajo se desarrolla mediante la incorporación de elementos normativos desprendidos de la norma superior, con la incorporación del margen normativo que puede incorporar el intérprete, y los elementos fácticos que son los encargados de lograr la singularización o concreción de la abstracción para regular el caso particular y concreto.

h) La potestad constituyente, legislativa y reglamentaria crean normas, y la potestad administrativa, la jurisdicción y la autonomía privada son creadoras de reglas. Todas ellas conforman el derecho formal.

El derecho informal se compone de la regla personal, tácita y autocompuesta, que cumpliendo con el mandato de la norma, da existencia a una nueva situación intersubjetiva a través del cumplimiento espontáneo del derecho.

i) La raíz de los conflictos intersubjetivos se encuentra en la regla tácita, personal y autocompuesta, porque ella es originalmente precaria y es susceptible de ser impugnada por terceros, salvo que medie la prescripción, la caducidad o la preclusión.

j) Por otro lado, dentro del sistema jurídico (formado por normas, subnormas, reglas y subreglas, todas de carácter imperativo acompañadas de sanción) cabe preguntarse ¿cuál es el papel que desempeña el derecho subjetivo? Es un instrumento de que se vale la técnica jurídica para resolver una relación intersubjetiva. Aunque no toda relación intersubjetiva es regulada por el derecho, cuando eso sí ocurre, la técnica jurídica asigna a uno la facultad de requerir el uso de la coercibilidad monopolizada por el Estado, y al otro (el obligado) el deber de conducta tipificado en la norma.

Mas el derecho subjetivo se fundamenta en la realización de un determinado interés que la norma estima valioso o estimable y que hace prevalecer por sobre otros intereses. Correlativamente el obligado está en el deber de

acatar las normas que lo contemplan y las reglas que nacen bajo su amparo por el efecto gravitacional del orden normativo.

En el marco de la evolución del derecho y de las costumbres sociales se avanza en el reconocimiento pleno del derecho público subjetivo, particularmente en el ámbito de los derechos difusos o colectivos, los cuales en el futuro deberían ser directamente exigibles a la jurisdicción y aplicables en las relaciones sociales.

El derecho subjetivo transita hoy en la vía de su expansión, a diferencia de los postulados de las tentativas totalitarias que en el pasado pretendieron socavarlo mediante proyectos de ingeniería social con nefastas consecuencias bien conocidas.

En la defensa del derecho subjetivo se afianza el reconocimiento de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana en el marco de la libertad ejercida con responsabilidad.

2. Presupuestos de un Estado de Derecho

a) Concibe el autor el Estado de Derecho como “una determinada forma de organización de la sociedad (que ha rechazado, como se dijo, el despotismo y la anarquía), a través de implantación de normas de conducta que se establecen con carácter coercitivo, referidas tanto a la instalación de los poderes públicos, a su funcionamiento y al juzgamiento y calificación de todas las conductas sociales posibles, las cuales integran un sistema normativo pleno, cuya aplicación corresponde a las autoridades independientes, facultadas para resolver las contiendas que en el orden temporal se promueven en dicha sociedad”.

b) Tras el ordenamiento jurídico –agrega– subyace una concepción ideológica o un modelo que se quiere alcanzar. Y dentro de un sistema fundado en el derecho romano continental –como es el nuestro–, el legislador es un conductor o arquitecto social que con caracteres limitados orienta y dirige el comportamiento de la comunidad. A su vez, la intervención de toda la comunidad en la construcción del sistema jurídico mediante normas dictadas por sus representantes o de reglas elaboradas por cada sujeto en particular, constituye un aporte a la democracia. Esta forma de organización política se desarrolla y robustece en la medida en que se apoya en el respeto de la juridicidad plena.

c) Los requisitos o presupuestos del Estado de Derecho son, aparte del sistema jurídico, los siguientes:

- c.1) Que las normas sean conocidas por sus destinatarios;
- c.2) La plenitud del sistema normativo, esto es, que tenga la aptitud para regular la totalidad de las conductas que puedan desplegarse en el ámbito social; mediante normas de subordinación (derecho público) o de coordinación (derecho privado). Integrando las lagunas legales –en nuestro sistema– conforme al método de la autointegración, vale decir, recurriendo a la analogía, a los principios generales de derecho y a la equidad natural.
- c.3) La coherencia formal y material del sistema normativo y la concurrencia de cuatro criterios de coherencia que son: genética o lógica; axiológica o teleológica; orgánica y jurisprudencial. Y tratándose de lagunas legales, que éstas se llenen mediante la coherencia analógica, la coherencia global y la coherencia en equidad.
- c.4) El cumplimiento espontáneo del derecho, que se determina por el contenido axiológico de la norma, hace innecesario que intervenga el poder coercitivo del Estado. De allí la importancia de que si el legislador se desentiende de los valores profundos que anidan en el alma colectiva, se desmorona la presunción de conocimiento de la ley, se generaliza el incumplimiento y se hace imposible la subsistencia y funcionamiento del sistema jurídico.
- c.5) La sanción, concebida como recomposición del orden social e institucionalización de la fuerza.
- c.6) La supremacía constitucional y el hermetismo constitucional. La supremacía de la Carta Política inspira todo el sistema jurídico, particularmente en la generación e interpretación de las normas y reglas derivadas, conforme a los criterios de coherencia genética, lógica y axiológica o teleológica.
- c.7) La imperatividad de toda norma jurídica, ya sea en forma directa o de manera indirecta o refleja.
- c.8) La interpretación como mecanismo de aplicación de la norma jurídica, que se desenvuelve en dos fases: una, formal, destinada a desentrañar el verdadero sentido y alcance a la norma interpretada; y otra, substancial, que consiste en generar una norma inferior o una regla a partir de una norma de superior jerarquía.
- c.9) La coexistencia de normas y reglas en una relación de dependencia formal y material.
- c.10) La desconcentración del poder normativo y del poder regulatorio.

3. La relación jurídica

a) Consiste en un vínculo jurídico (descrito por el derecho) entre dos o más sujetos, que surge con ocasión de un hecho o de una conducta elevada a la categoría de hipótesis en una norma o en una regla, y que se resuelve asignando a un sujeto la facultad de exigir una determinada conducta, y al otro, la obligación de desplegar dicha conducta.

b) Los elementos de la relación jurídica son: los sujetos, el objeto, la hipótesis y la consecuencia.

Los sujetos son centros reales o ficticios de imputación jurídica, pudiendo consistir en una persona, natural o jurídica, o en un patrimonio, ya sea de afectación o sociedad individual.

El objeto de la relación es la conducta humana, positiva o acción o negativa u omisión.

La hipótesis consiste en la descripción de una conducta humana o de un hecho de la naturaleza en relación con el hombre, que se expresa en la norma o en la regla.

La consecuencia es la forma en que se resuelve la relación jurídica, lo cual se traduce en la utilización del derecho subjetivo.

4. Principios fundamentales que informan el Estado de Derecho

A partir de los presupuestos del Estado de Derecho, se configuran los principios o directrices que siguen su establecimiento y funcionamiento.

Ellos son:

a) **El principio de legitimidad**, que impone la exigencia de que cada norma y cada regla jurídicas se inserten y desinserten del sistema en la forma prevista por el propio ordenamiento.

En el principio de legitimidad se incorporan el principio de legalidad y la autonomía privada y la libertad contractual.

b) **El principio de coercibilidad**, que identifica el derecho con la posibilidad de transformar la conducta prescrita en una conducta impuesta por medio de la fuerza.

c) **El principio de concreción** regulatoria. Existen dos potestades gen-

erales y paralelas que hacen posible el funcionamiento de la trama jurídica. La potestad normativa y la potestad regulatoria. La primera corresponde a los órganos facultados para dictar normas (generales y abstractas), lo cual implica, como es obvio, el poder de obligar a los terceros o destinatarios de la norma. La potestad regulatoria tiene por objeto singularizar el mandato normativo de modo de producir reglas referidas a la conducta de sujetos determinados.

El contenido del derecho puede ser de diversa índole: derecho de ejecución, en que los preceptos privilegian la consecución de una meta, y derecho de relación, que prescinde de un objetivo concreto e inmediato, fundándose en valores permanentes. (Por ej. el orden, la justicia, la paz o la voluntad). El derecho de ejecución es circunstancial o transitorio y el derecho de relación es permanente e indefinido en el tiempo.

Para preservar el sistema jurídico es indispensable que las normas no excedan sus funciones de generalidad y abstracción. Asimismo, es necesario el predominio incontrastable del derecho de relación (permanente, estable y fundado en valores que expresan preferencias tradicionales e inalterables a través del tiempo), manteniendo las prerrogativas del autor de la norma enmarcadas estrictamente en la elaboración de las prescripciones generales y abstractas. Sólo de esta manera es posible dar al sistema jurídico una aplicación fluida en que las reglas se creen con directa participación de todos los llamados a ser regidos por ellas.

d) **El principio de imperatividad.** Puede sostenerse que la imperatividad no aparece en la estructura lógica de la norma, si ella se considera una proposición hipotética, o un complejo proposicional, así sea conjuntivo o disyuntivo. Pero lo cierto es que tras la asignación de una consecuencia a un antecedente dado, se esconde el mandato normativo, que se desprende del sentido, alcance y significación de la consecuencia (sanción).

e) **El principio de la plenitud.** Consiste en que toda conducta social es objeto del derecho, expresa o tácitamente. Asimismo, existe en el ordenamiento jurídico una solución para cualquier controversia derivada de una relación intersubjetiva. La plenitud del sistema jurídico no desmiente que existan conductas no reguladas por el derecho, las cuales son consideradas por el ordenamiento como legítimas. En tal caso, el sistema normativo las evalúa, pero no las regula.

La plenitud en el derecho público y en el derecho privado.

En el derecho público hay plena normación, tanto en el ejercicio de facultades conferidas a la autoridad, como cuando se trata de conductas no autorizadas. El acto es legítimo cuando la autoridad está expresamente facultada para actuar, e ilegítimo en ausencia de dicha facultad o atribución. En el derecho público no hay, entonces, vacíos o lagunas legales.

En el derecho privado los particulares pueden hacer todo aquello que no está expresamente prohibido. Por consiguiente, predominan los actos no normados expresamente y que sólo son evaluados tácitamente como lícitos por el ordenamiento jurídico. En el ámbito privado, las lagunas legales se integran mediante la autointegración (analogía, principios generales de derecho y equidad natural).

f) **El principio de descentralización**, que se manifiesta en la diversidad de personas investidas de potestades para elaborar reglas particulares, lo cual constituye la esencia del sistema jurídico. Por esta razón, al derecho repugna toda forma excesiva de concentración de potestades normativas o regulatorias, salvo situaciones particulares, como la delegación de facultades legislativas o los estados de excepción.

g) **El principio de prevención**: que se expresa en los mecanismos de fiscalización o control de juridicidad, a través de los órganos competentes. Este principio completa el principio de descentralización o de desconcentración, porque supone la existencia de un órgano que instituye el derecho y otro distinto que revisa o controla la juridicidad.

El principio de prevención produce un efecto de la mayor importancia en el sistema jurídico, porque vela por la coherencia formal y material o teleológica entre las normas, y entre éstas y las reglas.

h) **El principio de aplicación razonada**: que consiste en la aplicación de la norma mediante el procedimiento jurídico de la interpretación, que envuelve dos fases: una formal y la otra substancial; que desemboca en la elaboración de una regla particular que rige una situación jurídica o resuelve un conflicto.

i) **El principio del conocimiento presuntivo**, que se impone como un deber social, sin que nadie pueda excusarse basándose en la ignorancia del sistema jurídico.

j) **El principio de clausura:** cuyo objetivo es estabilizar las relaciones sociales reguladas por el derecho, para lo cual existen medios tales como la prescripción, la cosa juzgada, la renuncia de derecho, etc. En el principio de clausura se da cita la aberración axiológica del derecho, porque se hace prevalecer la estabilidad de las relaciones intersubjetivas y la paz social mediante el sacrificio de otros valores, como el dominio, la satisfacción de las obligaciones y otros.

5. Síntesis

a) El derecho es una forma de organización social, la más perfecta, porque articula, reconoce y asegura la libertad limitada de cada individuo en función de la libertad de los demás miembros de la sociedad. Por consiguiente, son legítimas únicamente las restricciones necesarias para lograr este fin: el ejercicio de la libertad por parte de todos quienes forman la comunidad.

b) En cuanto mayor sea el ámbito de libertad que se asegure a cada persona, más perfecta será la sociedad que se regula y mayor el compromiso de sus miembros con el ordenamiento jurídico.

c) Esta forma de organización social se basa en el establecimiento y funcionamiento de un "sistema jurídico", lo cual supone un conjunto de prescripciones obligatorias de conducta que se integran en una estructura coherente y jerarquizada, en la cual las normas se ordenan de manera decreciente desde la más general y abstracta (con mayor poder vinculante), hasta la concreta y particular (regla). En este sistema jurídico conviven normas (generales y abstractas) y reglas (particulares y concretas), en una estrecha relación de fundamentación y dependencia. Las normas tienen por objeto, exclusivamente, fijar el ámbito en que deben producirse las reglas y los elementos que al traspasárseles les confieren valor jurídico. Su único destinatario es el autor de una norma inferior o el autor de una regla. Toda la actividad normativa se orienta a la elaboración de las reglas y tiene como destino final la potestad "regulatoria" (poder para incorporar reglas al sistema jurídico).

Las únicas prescripciones llamadas a regir la conducta social (salvo la conducta social que consiste en elaborar normas, situación en que se halla el legislador) son las reglas. De las normas superiores nacen normas de menor jerarquía o reglas. De estas últimas, excepcionalmente, subreglas (como sucede en el campo corporativo o en el ámbito contractual). El valor jurídico (capacidad de hacer obligatoria una

prescripción de conducta) es derivado y depende únicamente de la pertenencia de la norma o de la regla al sistema jurídico (lo cual supone satisfacer una exigencia formal y material). En consecuencia, el encargado de elaborar las reglas es el llamado a regular la conducta social (salvo, como se dijo, tratándose de la potestad normativa, que da lugar a una actividad también social, pero muy específica). La norma no es más que un marco que se ofrece al autor de las reglas, pudiendo integrar en él todo elemento fáctico y aun normativo (en el sentido de valórico) que no se contraponga con el contenido de la misma (formal y materialmente).

d) Las reglas pueden ser "**formales**", cuando se integran expresamente en el sistema jurídico, en cuyo caso pasan a formar parte de él. Tal sucede con un contrato, una resolución administrativa o una sentencia judicial. Pueden también ser "**informales**" cuando no se integran objetivamente al ordenamiento. En tal situación se encuentran las "reglas tácitas, personales y autocompuestas", que se da el propio destinatario de la norma en que se funda, singularizando, por sí mismo, el mandato normativo. Son estas últimas las que hacen posible la realización espontánea del derecho, presupuesto necesario para el funcionamiento del sistema jurídico. La regla tácita puede fundarse en una norma expresa (cuyo mandato singulariza) o en un mandato también tácito (derivado de la "norma general exclusiva" que se desprende de la ausencia descriptiva en el campo del derecho privado). Toda el área comprendida en los límites de la "norma general exclusiva" es de libre disposición de los particulares. Sin duda este espacio es el más amplio en el campo social y copa la mayor parte de la actividad jurídica. En él debe integrarse toda la actividad contractual de los particulares en la medida que éstos regulen situaciones no previstas por las normas. Por consiguiente, el "derecho que nos rige" lo hace la autoridad en un delimitado campo (simples decretos supremos, resoluciones administrativas y sentencias judiciales), y en un área limitada los particulares en ejercicio de la autonomía privada. Sólo de esta forma es posible el funcionamiento del sistema jurídico, porque, en gran medida, el derecho que cada cual acata regularmente en el curso de sus actividades se lo da él mismo o, al menos, surge previa expresión indirecta de su voluntad, como consecuencia de la conformidad y ausencia de objeción subsecuente. De aquí que su realización espontánea no sea difícil ni engorrosa. Si observamos este fenómeno, llegaremos a la conclusión de que es poco frecuente tropezarse con una norma impuesta por la autoridad, vale decir, con un decreto supremo, una resolución administrativa o una sentencia judicial. Ellas nos afectan por excepción. Pero diariamente, de manera constante e ininterrumpida, estamos cumpliendo reglas formales

creadas por nuestra propia voluntad (contratos) y reglas tácitas, personales y autocompuestas para satisfacer los mandatos normativos (pago de impuestos, cumplimiento de las normas del tránsito, etc.). Como es obvio y no requiere demostración, las reglas formales e informales creadas por nosotros mismos satisfacen plenamente nuestros requerimientos y, por lo mismo, son asumidas sin obstáculos ni tropiezos.

e) En la medida que el derecho deje un espacio más amplio a la autonomía privada, mayor será la adhesión que provoque el sistema jurídico en el sujeto llamado a cumplir sus mandatos. A la inversa, en la medida que se restrinja este espacio por parte de la autoridad, sea prohibiendo determinadas estipulaciones o reservando al Estado la regulación de las actividades más relevantes, se producirá un distanciamiento entre lo jurídico y la vida real, aumentando el incumplimiento y, con ello, presionando a los órganos sancionadores, que, como se dijo, tienen una limitada capacidad de reacción. Lo óptimo, pero quimérico, sería que el derecho que nos rige no tuviera otra fuente que no fuera nuestra propia voluntad. Esto equivaldría a cumplir sólo aquellas reglas que, nacidas de las normas impuestas por autoridad, fueren elaboradas por nosotros mismos. Si bien esta figura es ilusoria, no lo es ampliar en todo lo que sea posible y compatible con el interés social el campo de acción de los particulares, de manera que el derecho que efectivamente regula nuestra conducta, en su mayoría, emane de nosotros mismos.

f) La regla coercitivamente impuesta representa una conducta de reemplazo para cuya ejecución se requiere la intervención del poder del Estado, sea real o virtualmente. No es éste el modo normal de ser del derecho, sino su forma extraordinaria de actuar. Por lo mismo debe procurarse que la fuerza sea siempre un recurso extremo, y lo será en la medida que cada sujeto tenga comprometido un interés personal y autoforjado en el cumplimiento de la regla. De aquí que el derecho "programado" esté destinado a cumplirse espontáneamente, lo cual exige la singularización de la abstracción, mediante un acto personal en el cual el propio sujeto genera la regla que le afecta.

g) Cualquier exceso legislativo por medio del cual se invada la autonomía privada importa una seria distorsión del sistema jurídico. Tal sucederá, por ejemplo, cuando la norma se transforma en regla, al abusarse de la potestad para dictar normas. Ello conlleva, además, como es obvio, la pérdida de medios o recursos que el sistema jurídico consagra para asegurar derechos esenciales. En este evento la norma, a pesar de tener la apariencia formal de tal, no tiene, sin embargo, este

carácter. Si cada órgano ejerce lealmente la potestad que le corresponde, se fortalecerá el sistema sin necesidad de que intervengan los medios preventivos instituidos en el mismo para corregir estas deficiencias.

h) De todo lo dicho se concluye que una visión óptima del derecho consiste en la construcción de un sistema jurídico en el cual la mayor parte de las reglas –como de hecho ocurre– sean producidas expresa y tácitamente por el sujeto comprometido con su cumplimiento, debiendo la norma no extenderse jamás de su rol propio, que consiste en fijar las pautas o límites en cuyo marco debe darse la actividad jurídica de los particulares. El proceso seguido en esta tesis, por medio del cual se logra la singularización del mandato normativo, reserva al intérprete una serie de recursos y medios para enriquecer el derecho, tanto en su adhesión como en su actualización. De aquí que sea verdadero que: el derecho se hace día a día, constantemente, en un proceso ininterrumpido en el que participa toda la sociedad colectivamente, por medio de las potestades que le acuerda el sistema normativo.