

Josué Fossi



CONCEPTOS JURÍDICOS

LECCIONES DE TEORÍA DEL DERECHO

JB
BOSCH EDITOR

Conceptos jurídicos tiene varias lecturas. En primer lugar, puede leerse como una introducción a la epistemología jurídica. En ese sentido, los primeros capítulos son un estudio sobre los distintos niveles del lenguaje jurídico que indican las condiciones de posibilidad en las ciencias jurídicas. En segundo lugar, puede leerse como una exposición de los conceptos generales aplicables a cualquier disciplina jurídica particular, como el derecho civil, penal, administrativo, entre otros; ya que conceptos como norma, acto, situaciones jurídicas subjetivas, interpretación son categorías generales del Derecho válidas para cualquiera de sus ramas. En tercer lugar, puede leerse como una introducción a las distintas perspectivas teóricas actuales de la Teoría del Derecho, fundamentadas principalmente bajo las corrientes analíticas y hermenéuticas. Por último, Conceptos jurídicos puede leerse como una breve exposición a la Teoría del derecho desarrollada por Luigi Ferrajoli en su reciente magna obra, de casi unas tres mil páginas, principia iuris. Teoría del diritto e della democrazia (2007), en la que el maestro italiano, partiendo del método axiomático, ha realizado una reconstrucción conceptual de los conceptos jurídicos, que pueden ser utilizados en el derecho y la política.

Josué Fossi

Profesor de Derecho Constitucional e Introducción al Derecho
Universidad Bicentennial de Aragón

CONCEPTOS JURÍDICOS

LECCIONES DE TEORÍA DEL DERECHO

Barcelona
2022


BOSCH EDITOR

© JUNIO 2022 JOSUÉ FOSSI
josuefossi@gmail.com
<http://josuefossi.blogspot.com/>

© JUNIO 2022  **BOSCH**
EDITOR
Librería Bosch, S.L.
<http://www.jmboscheditor.com>
<http://www.libreriabosch.com>
E-mail: editorial@jmboscheditor.com

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

ISBN papel: 978-84-121029-4-9
ISBN digital: 978-84-121029-5-6
D.L.: B 9053-2022

Diseño portada y maquetación: CRISTINA PAYÁ  +34 672 661 611

Printed in Spain – Impreso en España

Índice

AGRADECIMIENTOS.....	15
INTRODUCCIÓN.....	17
CAPÍTULO 1	
NIVELES DEL CONOCIMIENTO JURÍDICO.....	25
1. ¿Qué es la realidad jurídica?	25
2. Cuatro paradigmas unidimensionales del pensamiento jurídico: dogmática jurídica, sociología del derecho, filosofía del derecho y teoría del derecho	31
3. Nivel descriptivo con relación a textos normativos: el ius-normativismo.....	34
4. Nivel descriptivo basado en hechos verificados con relación a textos normativos: el iusrealismo	38
5. La justificación jurídica: Filosofía del derecho o ético política y las matrices epistémicas del pensamiento jurídico.....	40
6. Nivel explicativo-prescriptivo: Teoría del derecho.....	44
7. Modelo multidimensional de ciencia jurídica	50

CAPITULO II

ALGUNAS PERSPECTIVAS DEL CONCEPTO DE DERECHO.....	55
1. Introducción	55
2. La polémica entre derecho natural (iusnaturalismo) y derecho positivo (iuspositivismo). Iusnaturalismo como primer modelo de interpretación del derecho.....	56
2.1. Breve excursus sobre la separación entre derecho y moral	66
3. El iuspositivismo y sus dos dimensiones	71
4. El derecho desde el punto de vista práctico	74
5. La concepción institucional del derecho	76
6. El derecho como argumentación	79
7. El iuspositivismo analítico: el derecho como lenguaje.....	81
8. De nuevo sobre los niveles del conocimiento jurídico y el iusconstitucionalismo.....	83
9. Algunas distinciones dogmáticas sobre el derecho.....	87

CAPITULO III

EL ORDENAMIENTO JURÍDICO.....	89
1. Introducción	89
2. Dinámica social y modelo estáticos	90
3. Modelo dinámico	92
4. Modelos estáticos y dinámicos: dos elementos de una misma realidad	93
5. Algunas concepciones sobre el ordenamiento jurídico.....	94
5.1. Ordenamiento como conjunto de normas	95
5.2. El ordenamiento como conjunto de instituciones	97
5.3. Ordenamiento como sistema	98

5.4. El ordenamiento jurídico como sistema de normas en la teoría del derecho de LUIGI FERRAJOLI	103
5.5. El ordenamiento jurídico como sistema de unidades funcionales organizadas	107
5.6. El ordenamiento como un sistema complejo.....	109
6. Excursus. Complejidad y derecho I: perspectivas conceptuales. El derecho como sistema (complejo) práxico y como sistema de inmunología social. El derecho in-esencial	112
6.1. Complejidad y derecho I: perspectivas conceptuales	112
6.2. El derecho como sistema (complejo) práxico y como sistema de inmunología social.....	117
6.3. El derecho in-esencial	120

CAPITULO IV

COMPONENTES, ESTRUCTURA Y VALIDEZ DE UN ORDENAMIENTO JURÍDICO	123
1. Componentes del ordenamiento jurídico.....	123
2. Estructura y validez.....	125
2.1. La norma fundamental (Grundnorm) de HANS KELSEN.....	126
2.2. La regla de reconocimiento (rule of recognition) de HERBERT HART.....	127
2.3. Las críticas de NORBERTO BOBBIO a la norma fundamental y a la regla de reconocimiento	128
2.4. El fundamento del ordenamiento como situación de hecho: poder y acto constituyente	130
3. Vigencia, validez y efectividad	133
3.1. Existencia (vigencia) y validez	134
3.2. Validez formal y validez sustancial	135
3.3. La efectividad.....	135

4.	Validez en el paradigma constitucional.....	137
5.	Niveles de ordenamientos.....	139
6.	El problema de la completud en el derecho. Antinomias y lagunas. Conceptos y clasificación.....	139

CAPITULO V

	LA NORMA.....	145
1.	Lenguaje y derecho	145
2.	Las reglas como presupuestos de las normas	148
3.	Tres momentos normativos: acto, enunciado y enunciación.....	150
4.	El concepto de norma: la norma como variable dependiente de la interpretación.....	152
5.	Norma en sentido estricto: norma regulativa. Orientación del comportamiento y consecuencias por la acción.....	154
6.	Norma en sentido amplio: norma constitutiva	156
7.	Universalidad de la normas	159
8.	Normas que atribuyen, prohíben, instituyen y definen.....	161
9.	Los principios.....	162
10.	Usos del término principio	165
11.	Diferencias entre normas y principios	167

CAPITULO VI

	FUENTES Y NORMA. LA MÁQUINA JURÍDICA Y SUS PRODUCTOS	171
1.	Algunas cuestiones sobre el concepto de fuentes del derecho	171
2.	De la pirámide a la red. El sistema de las fuentes y el sistema de las normas	173

3.	De las razones al contenido de las normas. Las fuentes materiales.....	178
4.	Las formas de producción. Las fuentes formales.....	179

CAPÍTULO VII

	EL COMPORTAMIENTO JURÍDICO-RELEVANTE.....	183
1.	La naturaleza positiva de la experiencia jurídica.....	183
2.	El principio de legalidad.....	187
3.	Los actos y el principio de causalidad jurídica.....	189
4.	La forma y los actos jurídicos.....	191
5.	La clasificación de los actos jurídicos.....	193

CAPÍTULO VIII

	LAS SITUACIONES JURÍDICAS.....	197
1.	La comunicación jurídica: un mundo de intersubjetividad..	197
2.	El derecho subjetivo.....	198
3.	El concepto de derecho subjetivo: formación y evolución..	200
4.	El derecho subjetivo en la teoría analítica. El concepto de derecho subjetivo.....	203
5.	Clasificación de los derechos subjetivos.....	206
6.	Más allá de los intereses particulares. Los derechos fundamentales y su clasificación.....	208
7.	La fuerza del derecho.....	216

CAPÍTULO IX

	LA PERSONA Y LOS BIENES EN EL DERECHO.....	221
1.	Introducción.....	221

2.	El concepto de persona en el derecho	222
3.	Clasificación del concepto de persona jurídica.....	224
4.	La imputación	226
5.	La capacidad jurídica y la representación	227
6.	Los bienes jurídicos en la sociedad actual.....	230
7.	Concepto y clasificación de los bienes	233
8.	El bien jurídico-penal.....	235
CAPÍTULO X		
	LA INTERPRETACIÓN	239
1.	La interpretación y perspectivas en la interpretación. Entre conocimiento y decisión	239
2.	Lo abstracto y lo concreto en la interpretación. Interpretación <i>in abstracto</i> e interpretación <i>in concreto</i>	243
3.	La interpretación y sus técnicas: declaración, corrección, sistematización.....	244
4.	Teoría del discurso práctico racional	248
5.	Sistema de reglas del discurso	251
6.	La clasificación de los argumentos jurídicos en la Teoría del discurso.....	253
7.	Los intérpretes	254
8.	La importancia de la argumentación jurídica en el derecho actual	255
	ASOCIACIONES INTERNACIONALES DE FILOSOFÍA DEL DERECHO	259
	BIBLIOGRAFÍA.....	263

Introducción

Este trabajo es un breve resumen ampliado de las lecciones de Teoría del derecho que impartí en los lapsos académicos 2011-2012 y 2012-2013, en el marco de la asignatura Introducción al Derecho II en la Universidad Bicentennial de Aragua. El proyecto de fondo en dicho curso era el de establecer un acercamiento a los enfoques teóricos de los últimos años. El motivo de este, fue el hecho de la carencia en las escuelas de derecho de programas sobre el desarrollo actual de la teoría. En este sentido, estas lecciones pretenden llenar un vacío en la literatura jurídica venezolana, enfocada en su mayor parte en la exégesis legislativa. Creo que este vacío se debe a la falta de continuidad de los programas desarrollados por las dos figuras principales en la filosofía del derecho en Venezuela: LUIS MARÍA OLASO y JOSÉ MANUEL DELGADO OCANDO. Considero que después de la labor de estos Juristas la filosofía, la teoría del derecho y la lógica jurídica han quedado, en Venezuela, en un segundo plano, totalmente olvidada.

Este olvido es promovido de forma muy efectiva por *algunos* profesores que incentivan a los estudiantes a apartarse de la teoría. El lema para estos profesores es que «una cosa es la teoría y otra la práctica», y que por tanto, se enfoquen en la práctica que la teoría en ese ámbito no sirve. Creo que esos docentes simplemente nunca compren-

dieron la teoría, y somos lo que hemos internalizado, así que, siempre pienso que la deficiencia de la práctica viene por la no comprensión de la teoría. Es decir, la teoría no funciona porque la mayor parte de los estudiantes cuando egresan la han olvidado, o nunca la estudiaron. Porque realmente los docentes son muy efectivos cuando aconsejan abandonar cualquier estudio teórico del derecho. Dice GUASTINI sobre estos profesionales que no estudian la teoría del Derecho que «son ignorantes, y permanecen ignorantes, inconscientemente felices de su ignorancia».

Pero esta realidad de nuestras facultades es algo global. Dice MANUEL ATIENZA que «Si se quiere, al lado del lema» ¡la enseñanza del derecho ha de ser más práctica!, habría que poner este otro: «¡no hay nada más práctico que la buena teoría...» y de esto tratan, las *Lecciones* que he querido transmitir, no solo como formación de la carrera, sino como estilo de vida, la importancia del estudio de cualquier rama de las humanidades, tiene como fin la superación de la persona. El hecho de que las humanidades estén desapareciendo es un signo de la profunda ruptura que el uso de la tecnología viene alimentando, con el sentido del ser humano mecánico.

Por esta razón, en las *Lecciones* he querido exponer, de un modo breve, las orientaciones principales que dominan la escena continental y un poco más, o sea, figuras que en su mayoría no podemos encontrar en nuestros manuales. En este sentido, este trabajo es un complemento. En estas *Lecciones* predomina el pensamiento de la filosofía jurídica italiana desde LUIGI FERRAJOLI hasta RICCARDO GUASTINI. La orientación de la Universidad de Alicante dirigida por MANUEL ATIENZA. También destacan autores como ROBERT ALEXY, AULIS AARNIO y ALEKSANDER PECZENIK. También autores como EUGENIO BULYGIN y CARLOS ALCHOURRON. Todos estos Autores representan dos modos de ver la experiencia jurídica, unos desde el punto de vista analítico y otros desde el punto de vista hermenéutico.

En cuanto al título del libro (Conceptos Jurídicos) originalmente era *conceptos jurídicos fundamentales*, y así es como llamo los temas que imparto en las clases. Sin embargo, ese título es similar a la célebre obra de WESLEY NEWCOMB HOHFELD *Fundamental Legal Conceptions*. Pero en el fondo las lecciones tratan sobre los conceptos fundamentales, como sostenía MARTIN HEIDEGGER «*el verdadero movimiento de las ciencias es el de revisión de los conceptos fundamentales, que puede ser más o menos radical y «ver a través» de sí mismo también más o menos. El nivel de una ciencia se determina por su capacidad para experimentar una crisis de sus conceptos fundamentales. En tales crisis inmanentes de las ciencias vacila la relación misma de la investigación positiva con las cosas a las que se pregunta*»¹. Mi pretensión, por tanto, fue la de revisar estos conceptos jurídicos que la ciencia del derecho venezolana ha dejado por fuera. Pero, tal revisión fue solo parcial por los límites de tiempo. Espero esto sea solo un punto de partida que logre generar tantas dudas, y que permita abrir un nuevo discurso de ampliación pero más que de corrección de lo que brevemente trato. Como decía NORBERTO BOBBIO: *La tarea de los hombres de cultura es hoy más que nunca la de sembrar dudas y no recoger certezas*.

El primer Capítulo es una introducción a la epistemología del derecho, es decir, al análisis de lo que puede denominarse realidad jurídica y los distintos niveles del lenguaje para comprender esa realidad. Normativismo, realismo, filosofía y teoría representan en sus distintas orientaciones los modelos de significación de la realidad jurídica. Sin embargo, en las ciencias jurídicas ha prevalecido un individualismo metodológico en el que se han enfrentado cada una de las corrientes epistemológicas. Por eso, el primer capítulo concluye con el desarrollo de un modelo integrado de ciencia jurídica, o sea, un modelo de comprensión jurídica en el que la realidad jurídica viene construida o tiene como par-

1 MARTIN HEIDEGGER, *El ser y el tiempo*. Fondo de Cultura Económica, Mexico, 1951, p. 39

tida un marco común de investigación, no solo basado en normas, sino también basado en hechos con relación a las normas.

El segundo Capítulo tiene como hilo conductor los distintos enfoques entorno al concepto de Derecho. Se parte de la vieja, pero actual, polémica entre derecho natural (iusnaturalismo) y derecho positivo (iuspositivismo). Aquí se puede comprender como lo que conocemos como iusnaturalismo, representa el primer modelo de interpretación del derecho, es decir, la primera forma de atribución de significados a enunciados jurídicos. Igualmente se analizan las dos dimensiones del iuspositivismo: el normativismo y el realismo jurídico. Además se distinguen las distintas perspectivas que se han desarrollado en los últimos tiempos, tales como: el punto de vista práctico, que tiene como precursor a HERBERT HART; La concepción institucional del derecho de NEIL MACCORMICK; El derecho como argumentación. El iuspositivismo analítico que concibe al derecho como análisis lógico del lenguaje jurídico. Partiendo de todas estas perspectivas y de los niveles del conocimiento jurídico se construye una concepción que intenta comprender de forma amplia la naturaleza del derecho en los modernos estados constitucionales.

El Capítulo tres comprende el análisis sobre el ordenamiento jurídico. Para esta labor se parte de la distinción entre dinámica social y modelo estáticos. Modelo dinámico. La distinción realizada por KELSEN entre modelos estáticos y dinámicos. También se analizan las tres concepciones clásicas sobre el ordenamiento jurídico: ordenamiento como conjunto de normas (KELSEN, BOBBIO); El ordenamiento como conjunto de instituciones (SANTI ROMANO); Ordenamiento como sistema (HART). Dos teorías destacan en la actualidad: la del ordenamiento jurídico como sistema de normas en la teoría del derecho de LUIGI FERRAJOLI y la de ROBERT SUMMERS, para quien el ordenamiento jurídico es un sistema de unidades funcionales organizadas. Se concluye con la perspectiva del ordenamiento como un sistema complejo y un excursus sobre la el paradigma de la complejidad y el derecho.

El Capítulo cuatro continúa con el ordenamiento pero desde la perspectiva de sus componentes principales: las normas. Se estudian los conceptos mediadores desde estructura y validez, retomando la discusión sobre el fundamento del ordenamiento. Aquí entran la norma fundamental (*Grundnorm*) de HANS Kelsen, es decir, el deber ser; la regla de reconocimiento (*rule of recognition*) de HERBERT HART, como regla socialmente compartida; las críticas de NORBERTO BOBBIO a la norma fundamental y a la regla de reconocimiento. El fundamento como situación de hecho: poder, y acto constituyente. Se estudia desde una nueva visión los conceptos mediadores de vigencia, validez y efectividad, para finalizar con un ensayo del concepto de validez en el paradigma constitucional.

El quinto Capítulo inicia con los conceptos fundamentales. El primero la norma. En este punto se parte de la distinción entre lenguaje y derecho, en el sentido, de que el derecho es un universo lingüístico y por tanto artificial. Se distinguen así las reglas como presupuestos de las normas. En este estudio se parte además de la distinción de GIOVANNI TARULLO acto, enunciado y enunciación. En cuanto al concepto de norma se toma la concepción, ya hoy casi consolidada en la teoría del derecho, que concibe la norma como variable dependiente de la interpretación y su distinción entre norma en sentido estricto: norma regulativa, es decir, aquella que orienta el comportamiento y establece las consecuencias por la acción y norma en sentido amplio: norma constitutiva. Se analiza la característica fundamental de la norma: su universalidad. Se realizan algunas distinciones tales como: normas que atribuyen, prohíben, instituyen y definen. Se estudia además en concepto de los principios, muy debatido en la teoría del derecho actual, sus usos y las diferencias entre normas y principios

El sexto Capítulo, como continuación del anterior, se introduce en la ubicación de los actos normativos y de sus efectos en el ordenamiento jurídico, es decir, el sistema de fuentes. Primero se parte de algunas

cuestiones sobre el concepto de fuentes del derecho, para posteriormente ensayar un modelo de fuentes y normas más allá de la construcción a grados desarrollada por Kelsen en la primera mitad de Siglo pasado. En este sentido, se parte de la pirámide a la red normativa. Por tanto, se hablara tanto del sistema de las fuentes como del sistema de las normas. Cabe destacar las transformaciones de las razones sustanciales a los contenidos de las normas y de como esos contenidos se convierten en fuentes materiales. Además se analiza las fuentes por excelencia en la experiencia jurídica: las formas de producción o las fuentes formales. Al ser el derecho, artificial y lingüística, siempre la producción jurídica estará sujeta al cumplimiento de determinadas formas.

El Capítulo séptimo parte de la premisa, ya constatada con relación a las normas, de la naturaleza positiva de la experiencia jurídica. La positividad no se refiere solo al derecho, sino a cualquier sistema normativo, ya que estos indistintamente de su radio de acción son siempre elaboraciones humanas, o sea son creaciones de los sujetos y por tanto, colocadas por estos para la consecución de algún fin. Lo que diferencia esta positividad, la jurídica, de otras es la constitución de una metanorma de reconocimiento del derecho existente y valido. Esa norma es el principio de legalidad. Este principio nos permite comprender toda la realidad jurídica desde los actos y su relación de causalidad. Además de los actos se concluye este capítulo con la clasificación de los actos jurídicos en la perspectiva de LUIGI FERRAJOLI

El octavo Capítulo trata de la intersubjetividad en el derecho, o sea, la comunicación jurídica. En este orden, trata de las situaciones jurídicas subjetivas. Aunque en la teoría del derecho actual se distingue entre situaciones jurídicas activas y pasivas, en las presentes lecciones se analizan las tradicionales situaciones pasivas, comenzando por el derecho subjetivo. El concepto de derecho subjetivo su formación y evolución; El derecho subjetivo en la teoría analítica; clasificación de los derechos subjetivos; los derechos fundamentales y su clasificación, y por último,

las situaciones pasivas distintas a los derechos subjetivos: responsabilidad sanción y condena.

El noveno Capítulo estudia la naturaleza de la persona en el derecho, tomando como punto de referencia a THOMAS HOBBS se distingue entre persona natural y persona artificial. Esta teoría reelaborada por LUIGI FERRAJOLI en su *principias iuris*, permite superar algunos problemas que presentaban las teorías clásicas sobre la personalidad. Por otro lado, en este capítulo, se verá como el concepto de persona o sujeto siempre está ligado al concepto de imputación, es decir, a la persona o sujeto, es decir, al que se le imputan tanto situaciones activas como los poderes, como las pasivas: los derechos subjetivos. Bajo esta perspectiva, se define la capacidad jurídica y la representación. Para concluir con lo que sirve al sostenimiento de un sujeto de derecho: los bienes. Este último aspecto, tiene como horizonte de comprensión la función que tienen los recursos en la actualidad, en la que se ha verificado en los últimos años, un surgimiento acelerado de nuevas esferas de protección.

El décimo Capítulo concluye la *Lecciones* con una introducción a la interpretación jurídica desarrollada principalmente por dos orientaciones. Por un lado, la perspectiva analítica desarrollada ampliamente por RICCARDO GUASTINI y la teoría del discurso racional propuesta por ROBERT ALEXY. Se estudia el paradigma actual de la interpretación desde las distintas técnicas: como la decisión, la corrección y la sistematización. La interpretación en abstracto y la interpretación en concreto. Además se analiza el rol del intérprete y su poder de interpretación.

Agradecimientos

Introducción

CAPÍTULO 1

Niveles del conocimiento
jurídico

CAPÍTULO II

Algunas perspectivas del
concepto de derecho

CAPÍTULO III

El ordenamiento jurídico

CAPÍTULO IV

Componentes, estructura
y validez de un
ordenamiento jurídico

CAPÍTULO V

La norma

CAPÍTULO VI

Fuentes y norma.
La máquina jurídica
y sus productos

CAPÍTULO VII

El comportamiento
jurídico-relevante

CAPÍTULO VIII

Las situaciones jurídicas

CAPÍTULO IX

La persona y los bienes
en el derecho

CAPÍTULO X

La interpretación

Bibliografía

Josué Fossi

Abogado.

Magister en Derecho Penal
y Criminología.

En curso, doctorado en
Ciencias de la Educación.

Profesor de Ética,
Filosofía del Derecho
y Derecho Constitucional.

Ha publicado varias
obras sobre teoría
del Derecho, el dolo
eventual y sobre la
imputación subjetiva.