

IUS-NATURALISMO, POSITIVISMO Y FORMALISMO JURIDICOS EN LA DOCTRINA VENEZOLANA

MARIA LUISA TOSTA

Introducción. Capítulo I: *Precisiones terminológicas.* Ius-naturalismo. Positivismo. Formalismo. Capítulo II: *Doctrina jurídica venezolana.* Período Clásico. Período Contemporáneo. Teoría general del Derecho. *Conclusiones. Bibliografía.*

INTRODUCCION

En Venezuela se han realizado algunas investigaciones encaminadas a establecer la influencia ejercida por el pensamiento filosófico sobre manifestaciones de la cultura nacional, orientadas sobre todo hacia el estudio de la repercusión del positivismo en nuestro país. Entre esas investigaciones, ya escasas, son muy pocas las que tienen que ver con temas jurídicos. El presente estudio, habida cuenta de lo señalado, trata de examinar a la doctrina jurídica venezolana, con el objeto de determinar en qué medida puede relacionársela con tres corrientes, especialmente importantes, de la especulación filosófica acerca del Derecho: ius-naturalismo, positivismo y formalismo jurídicos.

Creemos que puede resultar útil este análisis de nuestra doctrina porque podría contribuir a su mejor conocimiento, y una noción adecuada de la misma debe constituir un hito necesario en el camino de su evolución futura. En este sentido, recogemos la proposición de Rafael Pizani, que quedó en el aire desde 1935,¹ de incluir en el programa de Filosofía de Derecho o en el de Introducción al Derecho, consideraciones sobre el pensamiento jurídico venezolano. A esta preocupación viene a sumarse nuestro esfuerzo.

Este estudio no pretende vincular nuestra doctrina jurídica y las corrientes a las cuales ella se adscribe, con la estructura de la sociedad venezolana. Al respecto, hay un trabajo reciente del profesor Rogelio Pérez Perdomo, *El formalismo jurídico y sus funcio-*

1. Pizani, Rafael, *La Filosofía del Derecho en Venezuela*, Lit. y Tip. Casa de Especialidades, Caracas, 1935.

nes económico-sociales,² que de manera extensa e interesante explora tales relaciones. Dicha tesis realiza interpretaciones globales y opera con una noción muy amplia de formalismo jurídico, equivalente, casi diríamos, al tipo de racionalidad presente en distintas escuelas jurídicas desde el siglo XVI hasta el presente. Nuestro estudio, en cambio, intenta un análisis particularizado de la producción de nuestros juristas, desde el punto de vista de tres corrientes jurídicas que son delimitadas previamente. Examinamos en detalle diferentes obras, para tratar de determinar cuáles son las tendencias predominantes en ellas, explícita o implícitamente.

El primer capítulo está dedicado a determinar con claridad las nociones de ius-naturalismo, positivismo y formalismo jurídicos. No se trata de un estudio a fondo del tema, sino de un intento de precisar los términos para poder trabajar con rigor. Por eso se mencionan simplemente las acepciones en las cuales son utilizadas esas expresiones y el sentido que nosotros les daremos a los fines de este trabajo.

Escogimos estas tres corrientes como hipótesis previa para analizar los textos, dado que son las de mayor y más universal significación en la historia de la Filosofía del Derecho de los últimos siglos. Era de presumir que hubieran tenido repercusión entre nosotros, con preferencia sobre otras escuelas tales como el historicismo o el sociologismo, las cuales han tenido mayor fortuna en Alemania, países anglo-sajones, etc., puesto que el Derecho venezolano ha recibido poca influencia de los países mencionados y en cambio se ha formado a la sombra de otros países en los cuales se desarrollaron las tres corrientes escogidas.

En el segundo capítulo, realizamos el examen de nuestra doctrina jurídica. Para dicho análisis seleccionamos veintidós autores, varios de ellos con más de una obra, considerando que tal selección constituye una muestra significativa para nuestros fines, especialmente si se tiene en consideración que la producción jurídica nacional no ha sido demasiado abundante. Estos autores son divididos en tres grupos: en primer lugar, los que forman parte de lo que llamamos el período clásico de nuestra doctrina; en segundo térmi-

2. Pérez Perdomo, Rogelio, *El formalismo jurídico y sus funciones económico-sociales*, Tesis presentada para optar al título de Doctor en Derecho en la UCV, Caracas, 1974. (multigrafiada).

no, los del período contemporáneo y, finalmente, los autores que han publicado obras de Teoría General del Derecho.

Los criterios de selección de los autores escogidos fueron los siguientes: en el primer grupo se eligieron tratadistas que ya han pasado a formar parte de los clásicos venezolanos en materia jurídica. Las citas constantes de la Jurisprudencia y las referencias de la doctrina posterior, han consagrado a estos nombres sin lugar a dudas. La selección no presentaba, pues, problemas. En el segundo grupo escogimos a ocho profesores universitarios, todos de larga y destacada trayectoria, cuyas obras se han divulgado ampliamente, incluso con varias ediciones, y que son los textos más utilizados por los estudiantes de Derecho, al menos en Caracas. Este último detalle nos parece relevante, en la medida en que estas obras están determinando la mentalidad jurídica de nuestro medio. En el tercer grupo no hubo selección, ya que estudiamos a todos los autores que han publicado manuales de Introducción al Derecho, al menos hasta donde pudimos llegar en nuestra indagación; muchos textos de este grupo no aparecen en ninguna biblioteca y debimos realizar una búsqueda personal con algunos profesores de la asignatura, contando con su colaboración y generosidad en el préstamo de publicaciones.

Las obras consideradas abarcan un período de algo más de una centuria, desde la segunda mitad del siglo pasado, que es cuando en realidad comienzan a aparecer publicaciones propiamente jurídicas en el país, hasta nuestros días. En la época anterior a la que nosotros tomamos como punto de partida, nuestro Derecho tuvo ciertamente una orientación, y ésta fue distinta a la de las etapas siguientes. Pero esa orientación puede ser conocida en la legislación y en la jurisprudencia más que en la doctrina, que era verdaderamente muy escasa en ese período. Pérez Perdomo³ menciona dos obras publicadas antes de 1857 (fecha de publicación de la obra más antigua que analizamos), una atribuida a Tomás Lander, la cual habla de la igualdad, la libertad y la propiedad, los derechos del ciudadano, etc., y otra de Fermín Toro, que se refiere a la usura y a la necesidad de las leyes que la repriman. Como nuestro trabajo no comprende análisis de legislación y jurisprudencia, y como la

3. *Ob. cit.*, cap. II, parág. 4, pp. 64 a 70.

producción doctrinaria propiamente jurídica anterior a la segunda mitad del siglo XIX es tan limitada, hemos preferido dejar de lado ese período.

Otro de los límites de este trabajo lo constituye el hecho de que nos concretaremos al análisis de tratados y manuales. Los trabajos monográficos suelen ser publicados en ediciones reducidas, de difícil acceso, ya que los autores con frecuencia olvidan enviar ejemplares a las principales bibliotecas jurídicas del país y su búsqueda resulta bastante difícil. Con mayor frecuencia, estos trabajos son publicados en revistas jurídicas, de las cuales se han publicado en el país unas 77, de acuerdo a una investigación que en tal sentido realizamos en el año 1971. Un alto porcentaje de este número de revistas no se encuentra en las bibliotecas jurídicas de Caracas, o se encuentran sólo algunos de los números publicados. Por otra parte, y esto es lo más grave, no hay ficheros al día sobre revistas jurídicas; de aquí que tratar de encontrar todas las monografías sobre Filosofía del Derecho que se han publicado en el país, requiere de una investigación extremadamente difícil, que no puede realizar una sola persona en un tiempo prudencial. Por eso excluimos las monografías de nuestro análisis.

Las disciplinas a las cuales corresponden las obras estudiadas son las siguientes: Derecho Civil, Derecho Mercantil, Derecho Penal, Derecho Procesal Civil, Derecho Procesal Penal, Derecho del Trabajo e Introducción al Derecho. Otras materias que habían sido inicialmente seleccionadas e incluso parcialmente trabajadas, parecieron luego poco útiles para los objetivos perseguidos, bien porque suministraban material para un estudio más bien político o de índole similar, o bien por la escasez de publicaciones, que no da mucho margen para el análisis, o porque no revelaban con claridad ninguna tendencia.

Las obras de Derecho Constitucional, por ejemplo, se prestan más para una investigación de tipo político, que para un trabajo como el nuestro. Los manuales de Filosofía del Derecho, por su parte, son casi siempre trabajos de Historia de la Filosofía del Derecho, que no reflejan frecuentemente las tendencias que nos interesan. La obra de José Ramón Eljuri,⁴ según expresión propia

4. Eljuri, José Ramón, *Curso de Filosofía Jurídica*, Ediciones Sursum, Caracas, 1960.

del autor, recoge las clases de Filosofía del Derecho dictadas por el profesor Caracciolo Parra León, con el añadido de observaciones personales realizadas a través de los años. Ya por esta razón, ante la imposibilidad de precisar qué corresponde a Parra León y qué a José Ramón Eljuri, se hace muy dudosa la conveniencia de someterla a nuestra consideración. Quedan las obras de Esteban Gil Borges, de Fuenmayor y de Delgado Ocando. Fuenmayor tiene una *Historia de la Filosofía del Derecho*⁵ bastante reciente y Delgado Ocando unas *Lecciones de Filosofía del Derecho*, un *Programa de Filosofía del Derecho actual*⁶ y otras obras ius-filosóficas. En los trabajos de Historia de la Filosofía del Derecho ya hemos señalado la dificultad de encontrar la expresión de tendencias, cuando se hace un recuento del pensamiento de Platón, Aristóteles, etc., etc. Esteban Gil Borges tiene unas *Ideas sobre la Filosofía de la Historia del Derecho*,⁷ obra que contiene una gran cantidad de capítulos interesantes para la Historia de la Filosofía del Derecho. Quedarían entonces unos pocos capítulos de la obra de Gil Borges y las otras obras de Delgado Ocando. Este último autor, por cierto, es considerado en la sección correspondiente a la Teoría General del Derecho, por un trabajo suyo en la materia. Nos pareció que los pocos capítulos mencionados de Gil Borges y las obras restantes de Delgado Ocando, así como la obra de Eljuri - Parra León y las de Historia de la Filosofía del Derecho, por tener un desarrollo más filosófico que jurídico, ameritaban un tratamiento diferente del que habíamos previsto para los fines de esta investigación. Creemos que estos trabajos, conjuntamente con un examen de las monografías publicadas en Filosofía del Derecho en el país, deben ser objeto de un estudio diferente, con la elaboración de un esquema interpretativo propio. Es ésta la razón por la cual no las hemos incluido aquí.

Hay otro tipo de obras como las de Vallenilla Lanz, Gil Fortoul, Arcaya, etc., que tienen significación para la sociología venezolana, quedando por tanto fuera de nuestro campo de trabajo.

5. Fuenmayor, Juan Bautista, *Historia de la Filosofía del Derecho*, Artes Gráficas Art-Press Ltda., Caracas, 1971.
6. Delgado Ocando, José Manuel, *Lecciones de Filosofía del Derecho*, L.U.Z., Dirección de Cultura, Maracaibo, 1957; *Programa de Filosofía del Derecho actual*, Facultad de Derecho, L.U.Z., Maracaibo, 1969.
7. Gil Borges, Esteban, *Ideas sobre la Filosofía de la Historia del Derecho*, Tip. Cultura, Caracas, 1911.

Siempre podrá señalarse la omisión de obras o de disciplinas en este estudio, pero deberá recordar el lector que no se trata de realizar un análisis exhaustivo, ni mucho menos, de nuestra doctrina jurídica, sino de recoger muestras que permitan señalar cuáles son los caminos por los cuales ha transitado.

Finalmente, en las Conclusiones establecemos algunas deducciones a partir de los análisis previos y las observaciones que nos sugieren estas inferencias.

Como se habrá observado de lo que antecede, el objeto de nuestro trabajo se ha limitado mucho. La razón de esta reducción aparece ya esbozada en las primeras líneas de esta Introducción. Hemos podido consultar varios trabajos que abordan el problema de la influencia del positivismo y otras corrientes filosóficas entre nosotros, pero generalmente lo hacen de manera global. Nosotros hemos preferido atacar muy concretamente el problema, a nivel jurídico, y con referencias expresas a obras y autores, para llegar luego a conclusiones específicas.

I

PRECISIONES TERMINOLOGICAS

Ius-naturalismo

El ius-naturalismo es una corriente de pensamiento que ha presentado variantes muy diversas a través de los siglos, manteniendo como una constante la creencia de que existe un conjunto de principios universalmente válidos, que no se modifican a través del tiempo y del espacio, que son conformes a la naturaleza y que tienen una condición de superioridad respecto de otro sistema de principios denominado Derecho Positivo, que se entiende como conjunto de normas puestas o establecidas por una voluntad humana en un momento y en un lugar determinados. Admite, pues, la coexistencia de dos tipos de preceptos: los naturales y los positivos. La superioridad del Derecho Natural respecto del Positivo se traduce en el papel fundamentador y justificador del primero respecto del segundo, de tal modo que se tienen por no legítimas las normas positivas que contrarían los preceptos naturales.⁸

8. Definiciones del Derecho Natural y el Derecho Positivo y relaciones entre ambos, pueden encontrarse en: Bobbio, Norberto, *El problema del positivismo*

La expresión "naturaleza", presente siempre en una noción de ius-naturalismo, no ha sido entendida de modo uniforme en las distintas épocas y en las diferentes variantes del ius-naturalismo a que antes aludimos. Vale la pena echar un vistazo a estas diferentes acepciones.

a) En la Antigüedad Clásica, por "naturaleza" se entendía la *physis* de los griegos, todo lo que rodeaba al hombre y no era producto de él mismo; una naturaleza cósmica, con sus propias leyes, con su *logos* inmanente.⁹ Actuar conforme al Derecho Natural era seguir esa ley universal, no oponerse —inútilmente, por lo demás, en algunas concepciones clásicas— al imperativo de la naturaleza. Los sofistas desarrollaron ampliamente la oposición *nomos-physis*. La normatividad, *nomos*, es obra del hombre, es lo que se establece por convención. Para los sofistas el Derecho ya no es uno solo, de origen divino y por tanto eterno e inmutable, sino que hablan de lo justo según *physis*, que no necesariamente es lo justo según *nomos*.¹⁰ Platón y Aristóteles, en cambio, tratan de reconstruir la creencia en lo eterno y absoluto, bastante resquebrajada por las prédicas sofistas, pero tratando de cimentarla sobre bases no mágicas sino metafísicas (hablan, por ejemplo, de la esencia de las

jurídico, Eudeba, Buenos Aires, 1965, pp. 67 y ss.; Corts Grau, José, *Curso de Derecho Natural*, Editora Nacional, Madrid, 1959, pp. 89 y ss. y 205 y ss.; Del Vecchio, Giorgio, *Filosofía del Derecho*, Bosch, Barcelona (España), 1964, pp. 526 y ss.; Fasso, Guido, "Giusnaturalismo" en *Novissimo Digesto Italiano*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1961, Tomo VII, pp. 1.106-1.108; García Maynez, Eduardo, *Introducción al estudio del Derecho*, Edit. Porrúa, México, 1964, pp. 40 y ss.; Kelsen, Hans, "La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico", en *Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1969, p. 121 y ss.; Mouchet, C. y Zorraquín, R., *Introducción al Derecho*, Edit. Perrot, Buenos Aires, 1962, pp. 30 y ss.; Preciado H., Rafael, *Lecciones de Filosofía del Derecho*, Edit. Jus, México, 1965, pp. 243 y ss.; Verdross, Alfred, *La Filosofía del Derecho del mundo occidental*, Unam, México, 1962, pp. 391 y ss.; Weber, Max, *Economía y Sociedad*, F.C.E., México, 1944. Tomo III, pp. 191-198.

9. Cfr., entre otros, Heráclito, fragmentos 1, 2, 31 y 72, en García Bacca, Juan D., Comp., *Fragmentos Filosóficos de los Presocráticos*, ediciones del Ministerio de Educación, Caracas, 1964, pp. 207-213; y Diógenes Laercio, *Vidas de los filósofos más ilustres*, Libro VII, Zenón, Frag. 93, en Edic. Espasa-Calpe, Buenos Aires, 1950, Tomo II, p. 139.
10. Por ejemplo, Cfr., Protágoras en Platón, *Teeteto*, 166a-167b (en *Obras Completas*, Aguilar, Madrid, 1966, pp. 925-926); Trasímaco en Platón, *República*, Libro I, 336b-338c (en *Obras Completas*, Ed. Cit., pp. 683-685); y Antifón, fragmento 87B44, en Dielz-Kranz, Comps., *Die Fragmente der Vorsokratiker*, Grieschich und Deutsch, 7aufl., herausgegeben von Walther Kranz, Weidmannsche Verlagsbuchhandlung, Berlin, 1951.

cosas, etc.); rechazan el relativismo, vinculando de nuevo la ley, la justicia y la virtud con el orden natural.¹¹ En todo caso, cuando las diferentes escuelas de la Antigüedad hablan de actuar conforme a la naturaleza, la están entendiendo de modo muy general, con un sentido cósmico y con una racionalidad inmanente.¹²

b) Para los escolásticos, la racionalidad se encuentra fuera del sistema, en la divinidad, de la cual deriva toda la naturaleza. La razón divina gobierna al universo, es lo que Santo Tomás llama la Ley Eterna: "Razón de la divina sabiduría que gobierna todas las cosas".¹³ El hombre, como criatura racional, participa de modo especial en esta razón divina; se habla así de la Ley Natural como la participación del ser racional en la Ley Eterna.¹⁴ El Derecho Natural se va circunscribiendo al hombre, pero dependiendo de algo externo a él: Dios. Este Derecho Natural está constituido por principios muy generales a partir de los cuales deben establecerse las leyes humanas o positivas.¹⁵ Si el Derecho humano entra en conflicto con el Natural, pierde su validez, autorizándose a los súbditos a resistir tal Derecho, y llegando incluso a convertir en deber tal resistencia.¹⁶

c) Durante los siglos XVI al XVIII se organiza una concepción ius-naturalista laica. La naturaleza a la cual se hace referencia ahora es la humana, pero dotada de una razón autónoma. De la razón humana, independientemente de cualquier dogma y aun "si no hay Dios o si no se cuida de las cosas humanas", como dice Grocio,¹⁷ se va a derivar todo un sistema de reglas jurídicas, mediante el método matemático-deductivo. La tesis contractualista va a sustituir

-
11. Platón, *Leyes*, Libro X, 903c (en *Obras Completas*, Ed. Cit., p. 1493) y Aristóteles, *Ética Nicomaquea*, Libro VII, 12, 1153 a 12 (en *Obras*, Aguilar, Madrid, 1964, p. 1266).
 12. Cfr. Diógenes Laercio, *Vida de los filósofos más ilustres*, Libro VII, Zenón Frag. 62, en Edic. Cit., p. 125; y en el mismo sentido, véase Jaeger, Werner, *Alabanza de la ley. Los orígenes de la Filosofía del Derecho y los griegos*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1953, *passim*; y Mondolfo, Rodolfo. *El pensamiento antiguo*, Edit. Losada, Buenos Aires, 1942, Tomo I, Introducción, pp. 25 y ss.
 13. Santo Tomás, *Suma Teológica*, B.A.C., Madrid, 1956, Tomo VI, I-II, q. 93 a.1., pp. 89-92.
 14. *Id.*, I-II, q. 91 a.2., pp. 53-55.
 15. *Id.*, I-II, q. 95 a.2., pp. 166-169.
 16. *Id.*, II-II, q. 57 a.2., tomo VIII, pp. 234-236 y I-II, q. 93 a.3., q. 95 a.1 y 2.
 17. Grocio, Hugo, *Del Derecho de la Guerra y de la Paz*, Edit. Reus, Madrid, 1925, Vol. I, Prol. XI pp. 12-13.

a la del origen divino del Derecho. Por lo demás, el ius-naturalismo racionalista se caracteriza por ser individualista, liberal, por insistir en los derechos innatos del hombre, que han de ser renunciados a favor del Estado, según Hobbes, o que son limitadores del poder de la autoridad, según Locke, y que han de aparecer luego en todas las constituciones y declaraciones de derechos del hombre y el ciudadano. En función del papel limitador que cumplen estos derechos naturales frente al poder de la autoridad y al Derecho emanado del Estado, el concepto de derecho subjetivo va a ser entendido como cronológicamente anterior y de diferente naturaleza que el Derecho Objetivo.

A partir de este momento pudiera decirse que comienza a declinar la importancia del ius-naturalismo. Sin embargo, Alf Ross,¹⁸ por ejemplo, considera que los movimientos hostiles al Derecho Natural que se producen durante el siglo XIX, son en el fondo manifestaciones encubiertas de Derecho Natural. Así, al historicismo alemán (Savigny, Puchta) lo considera una simple variante de la doctrina aristotélico-tomista. Del positivismo francés dice que no hubo allí sociología sino metafísica ius-naturalista, que las leyes de Comte no son causales sino leyes del destino. En cuanto al utilitarismo de Bentham y a la escuela analítica de Austin, dice que se caracterizan por una tendencia liberal y un método abstracto a-histórico parecido al Derecho Natural. Autores como Stuart Mill, Spencer, Ihering, derivaron al ius-naturalismo al hablar de derechos naturales.

A pesar de las mordaces opiniones de Ross, quizás no debemos pasar por alto que algunos aportes del siglo XIX van a contribuir al ocaso del ius-naturalismo. En efecto, de alguna manera, Comte inicia la consideración positiva, antimetafísica de lo social. Y Marx aporta, por un lado, las bases de una ciencia social objetiva, al establecer la conexión de las relaciones jurídicas, formas políticas, etc., con la infraestructura económica, y por otra parte, el carácter evolutivo de los fenómenos sociales y también de la llamada naturaleza humana. Todo ello contribuye a restar vigencia a ese modo de pensamiento metafísico que se conoce con el nombre de ius-naturalismo. El siglo XX conoce manifestaciones que pueden considerarse como

18. *Sobre el Derecho y la Justicia*, Eudeba, Buenos Aires, 1963, Capítulo X, *passim*.

un renacimiento de la línea escolástica, subsisten defensores de la tesis del Derecho Natural y de su primacía,¹⁹ oímos hablar de neotomistas, pero no puede decirse que sea éste un pensamiento propio de nuestra época.

Positivismo

Como corriente filosófica el positivismo implica atenerse a los hechos que se dan en la experiencia en cuanto al objeto de estudio, de investigación. Una actitud positivista no admite que haya conocimiento sobre aquello que escapa a la experiencia sensible; el positivista se atiene a la ciencia y la ciencia se reduce al estudio de hechos fenoménicos. Es, por tanto, una actitud antimetafísica.

Dentro del campo del Derecho, el positivismo jurídico no acepta más Derecho que el Positivo, el que ha sido establecido por el hombre en un lugar y un momento determinados. Se excluye toda consideración de un Derecho Natural o ideal. El jurista que adopta metodológicamente una posición positivista, se atiene al Derecho que es y no al que debe ser, es decir, se coloca en una posición de neutralidad ética.²⁰ Ello no debería implicar que tenga que desconocer las valoraciones involucradas en los hechos jurídicos, que pueden verificarse objetivamente.

El positivismo jurídico también presenta variantes y al menos debemos mencionarlas:

19. En este sentido, y en la línea "clásica" del ius-naturalismo cristiano, están las obras, entre otras, de Cathrein, S. J., Víctor, *Filosofía del Derecho. El Derecho Natural y el Positivo*, Edit. Reus, Madrid, 1940; Corts Grau, José, *Curso de Derecho Natural*, edic. citada; Preciado Hernández, Rafael, *Lecciones de Filosofía del Derecho*, edic. citada. Además, el tema es tratado por varios autores. Pueden verse: Azpúrua Ayala, Ricardo, *Sobre el problema actual del Derecho Natural*, serie Cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 8, Facultad de Derecho, UCV, Caracas, 1971, pp. 39 y ss.; Del Vecchio, Giorgio, *Filosofía del Derecho*, ed. cit., pp. 530-539 y *El concepto de la naturaleza y el principio del Derecho*, hijos de Reus editores, Madrid, 1916, *passim*; Du Pasquier, Claude, *Introducción a la Teoría General del Derecho y a la Filosofía Jurídica*, Librería Internacional del Perú, Lima, 1944, pp. 268 y ss.; Ross, Alf, *ob. cit.*, pp. 247 y ss.; y Verdross, Alfred, *La Filosofía del Derecho del mundo occidental*, ed. cit., pp. 406-407.
20. V. Bobbio, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, ed. cit., pp. 37-39; Cattaneo, Mario A., "Positivismismo Giuridico", en *Novissimo Digesto Italiano*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1966, Tomo XIII, pp. 316-317; Corts Grau, José, *Curso de Derecho Natural*, ed. cit., pp. 89-99; Verdross, Alfred, *La Filosofía del Derecho del mundo occidental*, ed. cit., pp. 165-167 y 266 y ss.; Weber, Max, *Economía y Sociedad*, ed. cit., Tomo III, pp. 199-201.

a) Hay una corriente positivista que vincula al Derecho con el Estado y lo caracteriza mediante la nota de coactividad. En cuanto a las formas de expresar el Derecho, las que tradicionalmente son llamadas fuentes del Derecho, esta corriente da preeminencia a la ley sobre el Derecho judicial, consuetudinario, etc., primordialmente por razones de seguridad jurídica. Se considera que la fijación del Derecho en leyes es la mejor manera de garantizar a los ciudadanos el respeto a sus derechos y la estabilidad de las situaciones jurídicas. Esta preferencia por la ley llega a exagerarse al extremo de reducir todo el Derecho a ley; se considera que decir Derecho es lo mismo que decir ley. Es por esto que algunos autores consideran que toda norma jurídica es general, que la generalidad es una nota esencial a la norma jurídica, ya que al hablar de norma jurídica, o de Derecho en general, están pensando en la ley. Otra de las tesis importantes de esta corriente se refiere al principio de plenitud hermética del ordenamiento jurídico: no hay nada que no esté previsto por el sistema jurídico, nada que no esté permitido o prohibido; no existen, pues, las lagunas del Derecho. Dentro de este contexto, el papel del intérprete y del aplicador del Derecho se reduce a una determinación del texto legal aplicable y de su sentido y a una interpretación de la intención del legislador. En materia doctrinaria, la vinculación del Derecho al Estado y la consecuente preferencia por la ley, genera estudios de tipo exegético, mera interpretación de textos legales, análisis y comentarios de los artículos de un código, por ejemplo, siguiendo el mismo orden y estructura de éste. Tal tipo de obras se generalizó mucho y fue especialmente conocida la escuela exegética francesa, con autores como Aubry Rau, Demolombe, etc. El método sintético o dogmático, que produce tratados con un sistema expositivo que atiende a principios doctrinales y no al orden y estructura de los códigos como ocurre con el método exegético, no se encuentra demasiado distante del punto de partida de dicho método. En la práctica, estos tratados reflejan todos los postulados positivistas que hemos venido señalando. Tanto el método exegético o analítico, como el método dogmático o sintético o científico, son formas adoptadas por trabajos que pueden ser ubicados dentro de la corriente positivista.²¹

21. Aftalion, E., y otros, *Introducción al Derecho, La Ley*, Buenos Aires, 1967, pp. 876-878; Bobbio, Norberto, *ob. cit.*, pp. 43-46; Cattaneo, Mario A., *ob. cit.*, Tomo XIII, p. 317.

b) Escuelas inglesas como el utilitarismo de Bentham y la escuela analítica de Austin, en la medida en que insisten en la idea de la codificación, en que se ocupan de la certeza del Derecho, en que proponen, junto con Hart, la clara separación de Moral y Derecho, del Derecho que es del Derecho que debe ser, podrían ser consideradas positivistas. No hay que olvidar, sin embargo, que Austin concede actividad discrecional al juez y Bentham propone un método abstracto a-histórico semejante al de Derecho Natural. Pero en todo caso estas escuelas muestran una cierta aspiración de rigor científico y de objetividad, compartida por el positivismo.²²

c) En Alemania el positivismo es más científico que legalista (quizás porque no hay un movimiento codificador comparable al francés). Se destacan especialmente los pandectistas y la jurisprudencia de conceptos. Un pandectista clásico como Windscheid excluye de sus consideraciones los problemas éticos, políticos o económicos, reduciendo su exposición al estudio del orden jurídico. La jurisprudencia conceptual propone el análisis exclusivo de los sistemas jurídicos, para establecer todas las conclusiones por deducción, a partir del propio sistema.²³

d) La corriente positivista sociológica pretende en última instancia disolver los estudios jurídicos dentro de la Sociología. La realidad jurídica debe ser considerada como un hecho, como un fenómeno a ser observado directamente y en su totalidad, sin dar preferencia a parte de él como hace el positivismo jurídico estatal, que da preeminencia a la ley.

El realismo jurídico norteamericano (Pound, Holmes), así como el pensamiento escandinavo (Olivecrona, Ross), se orientan hacia el estudio del Derecho en una vía semejante a la del sociologismo, ya que se colocan en el plano del ser y no del deber ser, intentando predecir las decisiones de los Tribunales a través de las normas jurídicas, las cuales según ellos no tienen otra función que ésta, indicativa.²⁴

22. Cattaneo, Mario A., *ob. cit.*, pp. 317-318; Ross, Alf, *ob. cit.*, pp. 243-247.

23. Aftalion, E., y otros, *ob. cit.*, pp. 878-884; Impallomeni, Giambattista, "Pon-dettistica", en *Novissimo Digesto Italiano*, ed. cit., Tomo XII, pp. 350-353; Verdross, Alfred, *ob. cit.*, p. 267.

24. Cattaneo, Mario A., *ob. cit.*, Tomo XIII, p. 319; Corts Grau, José, *ob. cit.*, pp. 101-107; Verdross, Alfred, *ob. cit.*, pp. 291-297.

e) El punto de partida de la metodología kelseniana es positivista, ya que pretende reducir el objeto del conocimiento jurídico al Derecho Positivo, prescindiendo de preocupaciones éticas, políticas o religiosas. Pero a diferencia del positivismo legalista, no reduce la norma jurídica a ley, ni cree que la labor del aplicador de derecho sea una explicitación del texto legal por caminos racionalmente determinados. Y a diferencia del positivismo sociológico, no ubica al Derecho en el plano del ser, de la causalidad, sino que crea para las normas una vinculación diferente, a la que denomina imputación, y que se desenvuelve en un plano lógico.²⁵

Formalismo

En líneas generales es una corriente de pensamiento que apela a la forma para caracterizar un objeto, prescindiendo del contenido.

Dentro del terreno del Derecho el término tiene diversas aplicaciones que se enumeran a continuación.

a) Se dice que un ordenamiento jurídico es formalista cuando exige que se reproduzcan una serie de requisitos o ritos paradigmáticos, por ejemplo pronunciar o escribir determinadas palabras, etc., para que un acto genere consecuencias jurídicas.²⁶

b) Por formalismo jurídico se entiende aquella doctrina que ve al Derecho como una forma, que no toma en consideración a la materia jurídica, esto es, a los contenidos variables de las normas jurídicas a través del tiempo y del espacio, sino a las formas que permanecen constantes en todo sistema jurídico, en medio de esos cambios. Para Kelsen,²⁷ por ejemplo, no importa cuál sea el contenido de una norma jurídica, cualquier materia puede ser objeto de regulación jurídica; por tanto, lo que hace a una proposición ser Derecho no es el contenido sino ciertas formas. Los contenidos variables serán materia de preocupación para la Economía, para la

25. Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 1967, Prefacio, pp. 9-14 y Cap. I, pp. 15-16; Verdross, Alfred, *ob. cit.*, pp. 286-289; para la consideración del punto de partida metodológico kelseniano como básicamente positivista y la presencia de otros elementos del positivismo en Kelsen, véase Azpúrua Ayala, Ricardo, "Kelsen y su posición frente al positivismo y la dirección neokantiana", en *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 30, UCV, Caracas, 1965, *passim*.

26. Tarello, Giovanni, "Formalismo", en *Novissimo Digesto Italiano*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1961, Tomo VII, pp. 573-574.

27. Kelsen, Hans, *ob. cit.*, Cap. 1, p. 46 y Cap. 9, pp. 136 y 137.

Política, para la Moral, pero no es problema para el Derecho. Lo estrictamente jurídico serán determinadas categorías formales que permanecen siempre iguales en todos los ordenamientos jurídicos. El Derecho en cuanto objeto pertenece al reino de los entes ideales; el derecho subjetivo, por ejemplo, es un mero concepto que forma parte de la norma jurídica y que no tiene existencia anterior, ni diferente naturaleza, de la norma jurídica. Para Stammler, la tarea de la Filosofía del Derecho es el estudio de las formas puras de las nociones jurídicas, que son los elementos que permanecen inalterables a través de las transformaciones de la materia y que por tanto tienen validez absoluta y universal. "La relación entre el Derecho y la Economía puede, pues, caracterizarse como la que media entre la forma condicionante y la materia condicionada. Es una relación de subordinación lógica".²⁸

c) También la concepción kantiana del Derecho ha sido considerada formal, lo mismo que su teoría ética. Sin entrar a analizar aquí el problema a fondo, diremos que al menos puede considerarse como formal, sin lugar a dudas, el principio supremo del Derecho que enuncia Kant, lo mismo que su principio supremo de moralidad. La ley universal de Derecho, según Kant, es la siguiente: "obra exteriormente de modo que el libre uso de tu arbitrio pueda conciliarse con la libertad de todos según una ley universal".²⁹ Este principio supremo no permite predeterminar el contenido de las normas que junto con él integran un sistema, es tan sólo un límite formal que la razón establece a la libertad, para lograr conciliar todas las libertades individuales. Por tanto, un uso tal de la libertad, que se oponga a la libertad que corresponde a otro según una ley universal, constituye una injusticia y todo lo que se haga por eliminar ese obstáculo a la libertad de alguien será justo y conforme a la libertad. Por ello, y según el principio de no contradicción, el Derecho es inseparable de la coercibilidad, de la facultad de obligar a todo aquel que se oponga a su libre ejercicio.

d) Algunos autores³⁰ distinguen entre la consideración del Derecho como forma y el formalismo de la Teoría de la Ciencia

28. Stammler, Rudolf, *La génesis del Derecho*, Espasa-Calpe, Madrid, 1936, Cap. 3, Parág. 6, p. 123.

29. Kant, Immanuel, *Principios Metafísicos de la Doctrina del Derecho*, UNAM, México, 1968, Int. a la Teoría del Derecho, pp. 32 y ss.

30. Bobbio, Norberto, *ob. cit.*, pp. 18-27; y Tarello, Giovanni, *ob. cit.*, pp. 575-577.

Jurídica. Sin embargo, parece difícil separar ambas acepciones, ya que los análisis sobre ese objeto llamado Derecho, ya sea para explicarlo de un modo o de otro, son justamente el quehacer de una Teoría del Derecho. No puede ser entendido el Derecho, sea como forma, sea de otro modo, sin que ello constituya una reflexión propia de la Teoría del Derecho. Hablar de "la consideración del Derecho" es lo mismo que hablar de "la Teoría del Derecho"; decir que uno de los usos del término formalismo se produce en la consideración del Derecho como forma es, a nuestro juicio, referirse al formalismo jurídico, del cual hablamos hace un momento bajo la letra b). El formalismo jurídico es una Teoría de la Ciencia del Derecho, si es que hay ciencia jurídica. Por tanto, no creemos que haya en este caso una nueva acepción de la expresión formalismo.

e) Se habla de formalismo en la interpretación del Derecho para referirse a aquella consideración de la interpretación como una actividad que tiende simplemente a declarar la legislación aplicable a un caso o problema dado, de acuerdo a procedimientos lógicos y sistemáticos que permiten esclarecer el significado de la norma a partir de sus propios elementos y de la posición que la norma ocupa dentro del sistema. Esta concepción excluye la consideración de cualquier elemento extraño a la norma para su interpretación, como sería por ejemplo el que se tomara en cuenta la variación de las circunstancias a las cuales ha de aplicarse una norma, para hacer depender de ello el sentido que va a atribuírsele en un momento determinado. La actividad del Juez y del intérprete en general, no será un acto de voluntad sino una escogencia racional y su función será meramente declarativa y no creadora de Derecho.³¹ Cabría, sin embargo, preguntarse por qué es formalista esta teoría de la interpretación. Podría muy bien ser positivista, en razón del apego excluyente que demuestra por la ley establecida y su creencia en el mito de la racionalidad, herencia del ius-naturalismo racionalista, que resulta muy cara al positivismo.

f) Suele considerarse formalismo ético una teoría de la Justicia según la cual debe tenerse como justo aquello que sea conforme a la ley, sea cual fuere el precepto establecido en ella.³²

31. Bobbio, Norberto, *ob. cit.*, Cap. I, pp. 27-31; Tarello, Giovanni, *ob. cit.*, pp. 577-580.

32. Bobbio, Norberto, *ob. cit.*, Cap. I, pp. 13-18.

Este formalismo con relación a la Justicia es típico del positivismo jurídico, lo cual no implica que las coincidencias entre corrientes nos autoricen a identificar o maldistinguir positivismo y formalismo jurídicos. Entre ellos existen puntos de conexión, como también entre el ius-naturalismo racionalista y el positivismo, en parte porque hay una cierta sucesión histórica en cuanto al predominio de cada una de estas corrientes en un momento determinado y en la Historia no se producen saltos. No puede pensarse que cada etapa de la Historia está separada de la precedente por una diferencia tan radical que no incluya elemento alguno de la anterior. Por el contrario, las transformaciones se producen en gran medida por la mezcla de factores nuevos que se van injertando en las estructuras existentes. Veamos un poco la evolución de las doctrinas de filosofía jurídica que nos ocupan.

Cuando irrumpe el Cristianismo dentro del mundo clásico, después de un período de resistencia y de lucha, comienza a formarse una nueva concepción de las cosas que se caracteriza por la perspectiva religiosa, cristiana concretamente, pero que sigue apoyada en el aporte de los filósofos griegos. Santo Tomás, el más sólido pilar de la filosofía cristiana, acusa una fuerte base aristotélica a través de toda su obra. Desde luego, mientras que para el mundo griego lo colectivo parecía tener más peso que lo individual, parecía abarcarlo todo, para el cristianismo el individuo no sigue identificado, casi disuelto, en su mundo, sino que se levanta frente a él y se subordina a Dios, una potencia ajena a ese mundo.

La edad moderna comienza lentamente a cortar los vínculos de este mundo con un Ser trascendente que le servía de fundamento. El hombre se siente adulto, se basta a sí mismo, no necesita de un padre que lo sostenga y que autorice sus actos. La frase de Grocio es un punto de partida: "Y ciertamente estas cosas, que llevamos dichas, tendrían algún lugar, aunque concediésemos, lo que no se puede hacer sin gran delito, que no hay Dios, o que no se cuida de las cosas humanas..."³³ No dice que no haya Dios, pero la razón humana realmente no lo necesita ya. Si la razón es la clave liberadora del hombre, ella tiene derecho a ocupar el puesto de preferencia en todas las consideraciones. Ello conduce a las exageraciones del ius-naturalismo racionalista, que creyó poder construir

33. Grocio, Hugo, *ob. cit.*, Vol. I, Proleg. XI, pp. 12-13.

todo un sistema jurídico, desde principios de tipo general hasta preceptos muy específicos, a partir exclusivamente de la razón.

El racionalismo eliminó la dualidad del hombre y el mundo por un lado y un Dios trascendente por el otro, pero introdujo una nueva división: la establecida entre la razón y el mundo sensible. El hombre queda escindido, una parte de él pertenece al mundo fenoménico, de los sentidos, y por su razón pertenece también a un mundo metafísico, que va más allá de los fenómenos. Pero, por su parte, la reacción positivista no acepta objetos metafísicos, no acepta más objeto para el conocimiento que los datos que suministra la experiencia.

En materia jurídica, el positivismo significa excluir de toda consideración al Derecho Natural. El objeto del conocimiento jurídico o bien se reduce al Derecho creado por el Estado, o bien admite con mayor amplitud otras instancias creadoras de Derecho, pero siempre pertenecientes a la experiencia. Es justamente en Francia, donde el positivismo jurídico vincula fuertemente el Derecho al Estado, dando preeminencia a la ley, donde va a desarrollarse inicialmente el movimiento codificador. Podemos decir que los códigos constituyen un monumento a la racionalidad dentro del Derecho. De ese modo lo quería el ius-naturalismo racionalista, sólo que una vez lograda la meta, se impone de nuevo un corte de cordón umbilical. Si antes se prescindía de una fundamentación divina trascendente, ahora se trata de prescindir de esa razón fundamentadora que se encuentra separada del mundo empírico. Tenemos un sistema jurídico positivo bien construido, donde todo está previsto (lo que se denomina el principio de plenitud hermética del ordenamiento jurídico), que puede ayudarnos a alcanzar el Orden, la Seguridad Jurídica, etc.; lo único que hace falta es dotarlo de obligatoriedad definitiva, sin referencia a otro tipo de normas o instancias que sólo sirven para debilitar el sistema y que no tienen cabida ya en un mundo que quiere atenerse a los hechos. El ius-naturalismo racionalista cede el puesto de preferencia al positivismo jurídico.

La actitud de rechazo a los esquemas metafísicos que mantiene el positivismo, significa un avance hacia el tipo de conocimiento que hoy consideramos científico. Pero el atenerse a los hechos que suministra la experiencia, el considerar Derecho al Derecho establecido en cada momento, por el hecho de haber sido impuesto

por la autoridad competente, sirve para cumplir una función de justificación de los sistemas existentes, al contar ese Derecho con el reconocimiento de una teoría que tiene aspiraciones científicas. Como una deformación del positivismo surge el mito de la ley, en el sentido de que si algo es Derecho establecido, ello basta para que sea considerado obligatorio, necesario, indiscutible. Hasta nuestros días perdura la creencia bastante generalizada de que cualquier opinión contraria a un precepto legal es un error, y de que la verdad está encerrada en el texto legal. Citar un artículo de un código parece a algunos un argumento definitivo para zanjar cualquier discusión sobre la materia tratada por una ley. Parece que no se permitiera a nadie discrepar de la voluntad del legislador en el terreno teórico (ya que el terreno práctico es otro asunto). De este modo se acusó al positivismo de haber perdido su objetividad, de ayudar a mantener un orden de cosas dado mediante la legitimación del Derecho creado por un régimen u otro.

La teoría pura del Derecho, dentro de la vía científicista, se propone "elear la teoría del derecho (...) al rango de una verdadera ciencia".³⁴ Para ello propone "...constituir una ciencia que tenga por único objeto al derecho e ignore todo lo que no responda estrictamente a su definición. El principio fundamental de su método es, pues, eliminar de la ciencia del derecho todos los elementos que le son extraños".³⁵ En realidad, como ya señalamos, lo único que no es extraño al Derecho, según Kelsen, son ciertas formas, ciertos procedimientos creadores de las normas jurídicas, la estructura lógica que ellas presentan, las relaciones de coordinación y subordinación entre las mismas y, en general, meras categorías lógicas. Lo que el Derecho establezca, por qué lo establece, etc., eso ya no es Derecho para Kelsen. Hay frases ejemplificadoras en este sentido: "El derecho puede tener no importa qué contenido (...) Una norma jurídica es válida si ha sido creada de una manera particular, es decir, según reglas determinadas y de acuerdo a un método específico. El único derecho válido es el derecho positivo, el que ha sido puesto. Su positividad reside en el hecho de que proviene necesariamente de un acto creador y es así independiente

34. Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, ed. cit., Prefacio de la edición alemana de 1934, p. 9.

35. *Id.*, Cap. I, Parág. 1, p. 15.

de la moral y de todo otro sistema normativo análogo (...). Sin duda para crear una norma jurídica es necesario disponer de cierto número de conocimientos: el legislador debe conocer la materia que quiere regular, el juez comprobar los hechos respecto de los cuales pronunciará su fallo. Pero desde el punto de vista del derecho, estos conocimientos previos no desempeñan un papel esencial".³⁶

Kelsen acusa a las teorías tradicionales de tener tendencias ideológicas, de tratar de justificar al Derecho afirmando que emana de un orden natural divino o racional. Considera que lo que hace a la teoría pura una verdadera ciencia del derecho es su carácter antiideológico. Ataca a la ideología por encubridora de la realidad, sea con el fin de conservarla o de destruirla.³⁷

Ciertamente una actitud científica no puede sucumbir al encubrimiento de una ideología. Por el contrario, para hacer ciencia hay que descorrer los velos que tratan de ocultar al objeto. Pero el problema está en que Kelsen no atina a señalar que el Derecho es una ideología y que por tanto hay que desenmascarar lo que oculta. Ljubomir Tadič, en su estudio "Kelsen y Marx",³⁸ atribuye esta falla de Kelsen a un problema de comprensión de la relación entre idea y realidad. Dice que Kelsen concibe a la Ciencia como lógica pura, sin contacto con la realidad social. Y el problema es que si se entiende al Derecho como una ideología, es necesario referirlo a una sociedad histórica concreta como el terreno donde germina toda superestructura.

La preocupación por la objetividad, por el nivel científico, es la plataforma de lanzamiento del formalismo hacia el lugar dominante dentro del concierto de teorías del Derecho. Esta imagen de científicidad del formalismo cumple una función importante en beneficio del orden establecido. Se tiene como Derecho cualquier regulación que cumpla con una serie de formalidades preestablecidas, que se presente bajo determinadas categorías formales y los intereses protegidos por esta regulación quedan a salvo de cualquier investigación científica, porque no son considerados objeto de conocimiento por esta teoría. Pasan así de contrabando dentro de una

36. *Id.*, Cap. IX, Parág. 2, pp. 136-137 y Cap. I, Parág. 3, p. 46.

37. *Id.*, Cap. II, pp. 63 y 64; "Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho", en *ed. cit.*, pp. 135-136.

38. En *Marx, el Derecho y el Estado*, de Cerroni, U., y otros, Oikostau, S. A., Ediciones, Barcelona, 1969.

materia que es "científicamente" estudiada. Los estudios realizados de este modo son útiles para valorizar un sistema jurídico. El formalismo conserva el mito de la ley, del Derecho establecido, creado por el positivismo, pero dándole más armas de defensa al ponerlo a cubierto de "discusiones ideológicas". Las denuncias contra el sistema capitalista, los estudios de superestructuras nacidas en suelo capitalista, la puesta sobre el tapete del tema de las ideologías encubridoras, hicieron volver el dedo acusador contra el ius-naturalismo racionalista y el positivismo jurídico, como culpables de haber legitimado al sistema cuestionado. Surge entonces el proyecto de hacer una Teoría del Derecho no contaminada, no parcializada, verdaderamente científica; para lograrlo, uno de los caminos escogidos fue el de reducir el objeto de su conocimiento, quedándose con aquello que fuera insospechable de contaminación, prescindiendo de todo lo que trajera a cuento el problema de las ideologías. Es el camino del formalismo jurídico.

Pero Mannheim, por ejemplo, Barth, Horowitz, Merton³⁹ y gran parte de los científicos sociales contemporáneos, proponen un camino diferente para lograr la objetividad en las ciencias sociales, no excluyendo las valoraciones sino justamente por medio de su conocimiento crítico y su control.

De lo que llevamos dicho se pueden establecer muchos puntos de coincidencia y de relación entre las distintas teorías que consideramos. Pero a los fines que perseguimos, interesa precisar cuál es el sentido que se va a dar a cada uno de los términos, para el uso de este trabajo. Recapitulemos, por tanto.

De las tres acepciones históricas del ius-naturalismo, la que corresponde a la Antigüedad Clásica no ha tenido seguidores en los siglos posteriores. Algunos de sus logros se incorporaron definitivamente a nuestra cultura, pero por otras vías. En el terreno jurídico no encontramos escuelas que sostengan las tesis del ius-naturalismo greco-romano, en sus mismos términos. En cambio, el ius-naturalismo escolástico, después de sufrir una serie de rudos golpes, se va a perpetuar entre nosotros a través de los pensadores

39. Mannheim, Karl, *Ideología y utopía*, Edit. Aguilar, Madrid, 1966; Barth, Hans, *Verdad e Ideología*, F.C.E., México, 1951; Horowitz, Irving Louis, *Sociología científica y sociología del conocimiento*, Hachette, Buenos Aires, 1959; Merton, Robert, *Teoría y Estructura Sociales*, F.C.E., México, 1964.

neotomistas y los filósofos cristianos en general. El ius-naturalismo racionalista influyó considerablemente en la legislación de los países del sistema continental y permanece de este modo presente en nuestro mundo jurídico, más que a través de escuelas o autores contemporáneos. A nivel especulativo, casi diríamos que pasó a formar parte, en su proceso de evolución, de una de las formas del positivismo, al menos en algunos de sus postulados más importantes. Una vez hechas estas consideraciones, podemos dar la noción de lo que vamos a entender aquí por ius-naturalismo: aquella escuela de corte metafísico que afirma la existencia de principios eternos e inmutables, considerados conformes a una naturaleza del hombre, también estable en sus notas fundamentales, sirviendo dichos principios de fundamentación o justificación al Derecho Positivo, el Derecho creado por el hombre en un lugar y en un momento determinados. En la medida en que los principios naturales son el fundamento del Derecho Positivo, en esa misma medida constituyen su límite. Es decir, que para esta corriente ius-filosófica, en caso de oscuridad o de contradicción entre ambos Derechos, el intérprete debe dar preferencia al Derecho Natural.

De las variantes señaladas del positivismo, algunas de ellas se han desarrollado en países que no han condicionado la formación de nuestro Derecho y que no han tenido repercusión entre nosotros. Por esta razón, y a los fines de este trabajo, vamos a descartar el utilitarismo de Bentham, la escuela analítica de Austin, la corriente sociologista y el realismo norteamericano. En cambio nos interesa sobremanera el positivismo legalista, que alcanzó amplia difusión en la Europa continental. Una investigación sobre las fuentes históricas de nuestro Derecho, nos muestra en qué medida tan amplia éste se ha estructurado sobre el modelo continental. Por ello, vamos a entender por positivismo aquella corriente que no acepta como objeto de estudio otro Derecho que el Positivo, el cual es establecido por el Estado, bajo la nota de coercibilidad. Entiende también que la principal forma de expresar Derecho es la ley, la cual tiene un rango superior a otras formas posibles de expresión. A nivel especulativo, el positivismo genera dos tipos de estudios: el exegético, mero comentario de los textos legales, en su mismo orden y estructura, y el método dogmático, llamado también científico, que pretende la sistematización de los razonamientos de acuerdo a criterios

doctrinales y no simplemente según la numeración de un código, pero que en el fondo no se aparta demasiado del esquema legal.

En cuanto al formalismo, no nos interesa en este trabajo el uso que se hace del término para calificar un ordenamiento jurídico, o una doctrina de la Justicia, o la de la moralidad kantiana, porque son problemas ajenos a nuestro objeto. Por otro parte, señalamos en su oportunidad que no entendemos cómo puede plantearse otra de las acepciones del término, la que pretende distinguir la consideración del Derecho como forma y el formalismo de la Teoría de la Ciencia Jurídica. De igual modo expresamos desacuerdo con aquel calificativo de formalista para una teoría de la interpretación que podría ser muy bien positivista, con algunos elementos heredados del ius-naturalismo racionalista. Por esta vía, reducimos la aplicación del término a la doctrina denominada formalismo jurídico, que es el sentido en que lo utilizaremos en lo sucesivo. Para esta doctrina, el Derecho es una forma, siendo irrelevantes los contenidos variables de las normas jurídicas. Lo estrictamente jurídico está integrado por determinadas categorías formales, que permanecen iguales a través de los diferentes ordenamientos jurídicos. Dichas categorías pertenecen al reino de los entes ideales y por tanto el Derecho agota su naturaleza en ese ámbito.

II

DOCTRINA JURIDICA VENEZOLANA

Vamos a dividir en tres grupos las obras que hemos seleccionado como muestra de la doctrina jurídica venezolana: las obras de Teoría General del Derecho constituyen por sí solas un grupo, debido al tratamiento más explícito que hacen de las diferentes corrientes ius-filosóficas y a otros detalles que las distinguen de los demás textos y que quedarán en evidencia al hacer el análisis correspondiente; las obras que versan sobre las otras disciplinas seleccionadas, constituirán los dos grupos restantes, estructurados de acuerdo a características comunes de los tratados y que tienen lugar en dos períodos diferentes, lo que podemos llamar el período clásico de nuestra doctrina, que abarca desde mediados del siglo pasado hasta las primeras décadas del presente y las del período contemporáneo, con obras publicadas en los últimos quince o veinte años.

Es interesante señalar que la fecha de publicación de los trabajos sobre Teoría General del Derecho, coincide muy de cerca con el segundo de los períodos señalados para las otras disciplinas. Se hace posible, pues, seguir un orden cronológico en el tratamiento de estos tres grupos.

Periodo Clásico

Para este primer grupo escogimos los siguientes autores: Sanojo, Dominici, Borjas, Bastidas, Feo y Marcano.⁴⁰ Las obras de estos autores tienen en común el hecho de que giran siempre en torno a un texto legal determinado, sea el Código Civil o cualquier otro código. La manera misma de desarrollar la obra consiste en un comentario de la ley de la cual se trate, artículo por artículo, siguiendo estrictamente el orden que trae el texto positivo. Aparte de esto, apenas si hay en algunos casos una introducción o un prólogo, a obras que constan normalmente de varios volúmenes. Ninguno de los tratadistas citados escapa a este esquema exegético, siendo expresada con claridad la adopción de tal metodología en algunas oportunidades. Arminio Borjas, por ejemplo, en la "Introducción" a los *Comentarios al Código de Procedimiento Civil venezolano*, dice: "Estas lecciones, que han de concretarse a la exposición y al estudio crítico del Código de Procedimiento Civil..." (p. 18). Luis Sanojo, en el Prólogo a las *Instituciones de Derecho Civil venezolano*, no sólo dice expresamente que la intención de la obra es exegética, sino que se refiere a la influencia de escuelas ius-filosóficas que tienen mucho que ver con esta manera de estudiar el Derecho. Habla de una nueva corriente codificadora, en pugna con las corrientes tradicionales; dice que en América no hubo discusión

40. Sanojo, Luis, *Comentarios al Código de Procedimiento Judicial de Venezuela*, Imprenta de Sanojo y Escobar, Caracas, 1857; *Instituciones de Derecho Civil venezolano*, Imprenta Nacional, Caracas, 1873; *Exposición del Código de Comercio con su texto*, Edit. Rea, Caracas, 1962; Dominici, Aníbal, *Comentarios al Código Civil venezolano (reformado en 1896)*, Edit. Rea, Caracas, 1962 (1ª ed. en 1897); Borjas, Arminio, *Comentarios al Código de Procedimiento Civil venezolano*, Edit. Biblioamericana, Buenos Aires, 1947 (1ª ed. en 1924); *Exposición del Código de Enjuiciamiento Criminal venezolano*, Edit. Biblioamericana, Buenos Aires, 1947; Bastidas, Luis, *Comentarios y reparos al proyecto de Código Civil*, Edit. Bolívar, Caracas, 1939; Feo, Ramón, *Estudios sobre el Código de Procedimiento Civil venezolano*, Tip. Gutenberg, Caracas, 1905; Marcano Rodríguez, R., *Apuntaciones Analíticas sobre las materias fundamentales y generales del Código de Procedimiento Civil venezolano*, Edit. Bolívar, Caracas, 1941.

“entre las nuevas y las viejas doctrinas”, pero hubo reformas parciales que dejaron vigentes “leyes y doctrinas tradicionales” junto con “los principios modernos”, produciéndose “una legislación híbrida con antinomias casi invencibles, que eran el tormento de jueces y abogados” (p. IV).

En efecto, el hibridismo a que alude Sanojo está presente entre nosotros para la época, pero no sólo en la legislación, como él señala, sino de modo significativo en la doctrina. El mismo Sanojo es una muestra interesante de esta confusión, patente en él como mezcla de ius-naturalismo y positivismo, como veremos en seguida.

Sanojo, en el prólogo de la obra citada, acoge la distinción ius-naturalista de principios absolutos, que no admiten variación en el tiempo y en el espacio, y otros que varían según las circunstancias de cada país y de cada época, distinción necesaria a todo ius-naturalismo, que cree en la existencia de principios naturales, invariablemente obligatorios, y que debe sin embargo explicar las mutaciones del Derecho de una región a otra y a lo largo del tiempo. Esta posición ius-naturalista en relación con los principios absolutos, se encuentra en armonía con el modo como concibe la relación entre Moral y Derecho: “La Moral y el Derecho se diferencian únicamente como el género se diferencia de la especie” (Introducción, p. 4), afirmación de un tomismo consecuente con la anterior distinción entre normas de primera y de segunda clase.

Prosigue luego utilizando las concepciones y la terminología tomista:

“Mas llámase también Derecho la colección de las leyes que se dan las sociedades, acaso por suponerse que siempre serán conformes a las impuestas por Dios (...) Pero el Derecho humano nunca debe infringir los principios cardinales del Derecho absoluto (...) El Derecho divino, y muy especialmente el natural, es superior al Derecho humano, en el sentido de que el legislador no debe jamás infringirlo en sus disposiciones y en el de que los ejecutores de la ley no deben aplicar el Derecho humano, cuando se encuentre en abierta y evidente oposición con el natural”. (Introducción, pp. 5 a 7).

Parece estar claro, pues, que Sanojo hace una profesión de fe ius-naturalista. La sorpresa viene pocas páginas después, cuando comienza a hablar de la interpretación y las lagunas del Derecho.

Luego de dar unas cuantas reglas de interpretación e integración, dice:

“Repetimos que estas últimas reglas tienen cabida únicamente cuando con la aplicación de las anteriores, no hemos logrado conocer de una manera clara el verdadero sentido de la ley; pues conocido éste, por más que se oponga a la equidad o a la razón, debe observársela puntualmente”. (Introducción, p. 31).

De modo que comienza diciendo que los ejecutores de la ley no deben aplicarla cuando contraría al Derecho Natural y luego dice que conocido el sentido de la ley, hay que observarla puntualmente, por encima de todo, aun si se opone a la equidad o a la razón. El positivismo contenido en la última cita, parece reflejar mejor la ubicación de este autor si se tiene en cuenta el método de trabajo que adopta en la obra comentada y en las otras que escribe a lo largo de su vida. Un método de trabajo tan definitivamente exegético como el que sigue Sanojo, da idea de la adopción, aún inadvertida, de una postura positivista. Las declaraciones de principios de corte ius-naturalista, no parecen tener mayor efecto en su obra y son simples indicadores de una cierta confusión teórica, no muy extraña en la época. La jerarquía que para él tienen estas dos escuelas, que aparecen en conflicto en su pensamiento, viene revelada por un pasaje de la “Introducción”, cuando habla de la colisión de las leyes:

“Cuando ambas disposiciones en colisión son generales o especiales y no se puede establecer de otro modo la mente del legislador, debe observarse la que esté más conforme con la razón, la justicia o la equidad, porque no habiendo ningún otro medio de resolver la cuestión, el derecho natural debe ser la guía del magistrado, como lo es cuando hay absoluta ausencia de ley para dirimir cualquier controversia que se suscite”. (Introducción, p. 32).

Pareciera que el Derecho Natural tiene una alta función que cumplir, la de ser guía del magistrado, pero observemos que ello sólo ocurre cuando no hay “ningún otro medio de resolver la cuestión”. Lo primero en su pensamiento es la ley, disponga lo que disponga, aun si contraría la equidad o la razón. Y el Derecho Natural es mencionado, pero con carácter supletorio.

En otros autores de este período, encontramos citas igualmente interesantes para el tema que nos ocupa. Tomemos por ejemplo a Luis Bastidas, miembro de la Comisión Revisora de Códigos Nacionales y de la Comisión Codificadora Nacional, quien hace un comentario exegético al proyecto de Código Civil de las comisiones, en 1939. Analizando el Título Preliminar del proyecto, y con relación al actual artículo 4º de dicho código, dice: "Careciendo, pues, la disposición legal comentada de sanción, propiamente no es ley". Es decir, que Bastidas considera a la coercibilidad como elemento indispensable, definitorio de lo que es Derecho. No piensa que la ley pueda entenderse como una ordenación de la razón al bien común, promulgada por aquel que tiene a su cargo la comunidad, o de cualquier otro modo semejante. La sanción es lo indispensable, la norma primaria, que diría Kelsen. Por cierto, esta importancia que asigna Bastidas a la coercibilidad y la tesis que sostiene con relación al problema de las lagunas del Derecho, son en un todo coincidentes con las tesis kelsenianas. Es interesante señalar que esta obra de Bastidas es publicada en 1939 y la Teoría Pura del Derecho se publicó por primera vez en 1934, siendo las ediciones francesa y castellana muy posteriores a esta fecha. Es posible que Bastidas haya manejado la edición alemana; en todo caso, si no se trata de una brillante coincidencia, el hecho revelaría que Bastidas estaba muy al tanto de lo que se publicaba en el mundo jurídico, lo cual no deja de ser digno de mención en nuestro país.

Con referencia al problema de las lagunas, contenido en el mismo artículo 4º, y basándose en la disposición contenida en el artículo 9º del Código de Procedimiento Civil, que sanciona a los jueces que se abstuvieren de decidir, dice Bastidas:

"Es pues, inaceptable la hipótesis de las omisiones o lagunas de las leyes, y si realmente las hubiere, contra los principios que excluyen ese supuesto, el artículo citado, que impone a los jueces el deber de superarlas (...) manda implícitamente, a quien ha de aplicar la ley, que ocurra a la Ciencia jurídica, la cual da orientación para todas las soluciones acertadas". (Tomo I, pp. 16-17).

Bastidas alude a los principios que excluyen el supuesto de las lagunas de las leyes; parece evidente que hay aquí una referencia al principio de la plenitud hermética del ordenamiento jurídico, según el cual no hay vacíos o lagunas en un sistema jurídico, ya

que todo lo que no está expresamente prohibido, está permitido y no hay más conducta obligatoria que aquella que está expresamente ordenada. A la luz de estos principios, no es posible pensar en casos no previstos por el legislador; en cada caso planteado, o hay deber jurídico expresamente establecido o no lo hay. El intérprete debe poder operar, de acuerdo a estos principios, para resolver cualquier situación, sin posibilidad de declarar la existencia de lagunas.

Desde luego, semejante concepción del Derecho no puede ser compartida por un ius-naturalista. La concepción de Bastidas encierra la idea de que no hay más deber jurídico que el expresamente establecido, es decir, el consagrado por el Derecho Positivo y sólo es deber jurídico en la medida en que cuenta con el respaldo del aparato coactivo del Estado. Este autor se revela coherentemente positivista en sus consideraciones sobre el Derecho y en el método de exposición del mismo.

Otras citas interesantes corresponden a Marcano Rodríguez. En sus *Apuntaciones Analíticas sobre las materias fundamentales y generales del Código de Procedimiento Civil venezolano*, comentando el artículo 6º del Código, referente a la irretroactividad de las leyes, dice:

“Una ley no es retroactiva sino cuando altera, modifica o destruye un *jure adquisito*, un acto consumado. Pero ¿podrá pensarse que los particulares tengan adquirido el derecho a que el legislador conserve la inmutabilidad de las leyes? Esto no es racional. El legislador puede actuar”. (Título Preliminar, p. 31).

Estas afirmaciones implican una condenatoria de la posición ius-naturalista respecto de los derechos subjetivos, que pretende oponer barreras infranqueables al legislador. De acuerdo a ella, los derechos subjetivos son anteriores al Derecho Positivo y éste se limita a reconocerlos. En este sentido, el derecho subjetivo suele ser definido como el poder o señorío de la voluntad, reconocido por el ordenamiento jurídico, o como un interés jurídicamente protegido, o como el interés tutelado por la ley mediante el reconocimiento de una voluntad individual. De acuerdo a las pretensiones ius-naturalistas, el legislador no puede actuar libremente sino que debe respetar la inmutabilidad de ciertas situaciones y limitarse a recono-

cerlas. La misma expresión "reconocer", incluida en definiciones y comentarios, es suficientemente indicadora: se re-conoce lo que existe con anterioridad. Pero dentro de la concepción de Marcano, en cambio, tal consideración no es racional; el legislador es libre de modificar las leyes.

Al analizar el artículo 9º del mismo Código de Procedimiento Civil, que versa, como ya dijimos, sobre la denegación de justicia, Marcano hace referencia al tema de los principios generales del Derecho. Para precisar la tarea del juez en tal caso, hace suyas las palabras de Fiori: "...debe ante todo buscar los principios del derecho en el sistema jurídico del derecho vigente". Y concluye el párrafo referente a los principios generales del Derecho, diciendo que "la solución del problema judicial no puede buscarse sino en los principios que tengan vinculación directa o indirecta, o bien inmediata o remota con nuestro Derecho, y que estén implícitamente sancionados o aceptados" (pp. 59-62). Este artículo 9º del Código de Procedimiento Civil está en concordancia con el artículo 4º del Código Civil. Un juez no puede abstenerse de decidir bajo pretexto de oscuridad, silencio de la ley, etc.; por el contrario, debe suplir estas deficiencias del modo como le indica el artículo 4º del Código Civil, acudiendo a la analogía de la propia ley y, en su defecto, a los principios generales del Derecho. Este recurso a los principios generales del Derecho ha sido considerado por algunos ius-naturalistas como la puerta de entrada del Derecho Natural en la tarea de aplicación del Derecho; tales principios deberían ser entendidos, de acuerdo a esta corriente, como los principios del Derecho Natural. Frente a esta consideración, se alza la postura positivista señalando que por principios generales del Derecho no debe entenderse otra cosa que los principios informadores del sistema jurídico positivo. Tal es la posición de Marcano, cuando insiste en la necesidad de buscar estos principios "en el sistema jurídico del derecho vigente" y tener cuidado de que ellos "estén implícitamente sancionados o aceptados", es decir, vinculados con el Derecho Positivo.

En conclusión, en las obras de este período es posible observar lo siguiente:

- 1) Todas las obras utilizan el método exegético; están íntegramente dedicadas a interpretar los artículos de algún texto legal.

El método de exposición de las obras es invariable: se enuncia un artículo de un código y de inmediato se procede a comentarlo, tratando de fijar su sentido, su alcance, y así se prosigue con todos los artículos, en el mismo orden que trae el código correspondiente.

2) En la solución que se da a una serie de problemas, significativos para la Teoría General del Derecho, los autores optan por las alternativas más conformes a la doctrina del positivismo. Así, por ejemplo, en materia de aplicación del Derecho y los temas conexos a éste: el de las lagunas del Derecho y los principios generales del Derecho, hemos visto con toda claridad la adopción de tesis positivistas. Lo mismo ocurre en otros casos que ya hemos comentado, la consideración de la coercibilidad, de los derechos subjetivos y en el problema de la colisión de leyes.

3) No se encuentran pronunciamientos expresos de los autores sobre sus preferencias por una u otra escuela. Aun en los Prólogos o en las Introducciones de las obras, donde suelen tratarse tópicos generales del Derecho, los tratadistas no se ubican de manera explícita dentro de alguna corriente de pensamiento ius-filosófica.

4) Es posible observar algunas apelaciones a los principios eternos e inmutables del Derecho y otra serie de expresiones de corte ius-naturalista, pero que resultan contradictorias con otras afirmaciones positivistas del mismo autor, en la misma obra, y con el método de trabajo adoptado.

Período Contemporáneo

Dentro de este período relativamente corto, se publican varias obras jurídicas en el país. Vamos a analizar una parte de esta producción, correspondiente a los siguientes autores: José Luis Aguilar, Roberto Goldschmidt, Gert Kummerow, Rafael Alfonso Guzmán, Tulio Chiossone, Eloy Maduro Luyando, Arístides Rengel Romberg y Francisco López Herrera.⁴¹

41. Aguilar, José Luis, *Derecho Civil-Personas*, UCAB, Caracas, 1961; *Contratos y Garantías-Derecho Civil IV*, UCAB, Caracas, 1968; Goldschmidt, Roberto, *Curso de Derecho Mercantil*, UCV, Facultad de Derecho, Caracas, 1964; Kummerow, Gert, *Bienes y Derechos Reales (Derecho Civil II)*, UCV, Facultad de Derecho, Caracas, 1965; Alfonso G., Rafael, *Estudio Analítico de la Ley del Trabajo venezolana*, Imprenta Universitaria, UCV, Caracas, 1967; Chiossone, Tulio, *Manual de Derecho Penal venezolano*, UCV, Facultad de Derecho, Caracas, 1972; *Manual de Derecho Procesal Penal*, UCV,

Para esta época se produce un cambio apreciable en la metodología de la mayor parte de los textos jurídicos. Ya los autores no se dedican a comentar un código, artículo por artículo, sino que utilizan el método dogmático, llamado también científico o racional (denominaciones que tienen su interés y que comentaremos más adelante), y que consiste en una exposición que intenta guiarse por los principios racionales que ordenan la materia a tratar, antes que por el orden y estructura de los códigos.

En la práctica, se logra ciertamente una sistematización de los trabajos menos elemental que la de seguir simplemente la numeración del código, pero los criterios de ordenación de la materia siguen siendo, casi por completo, el mismo esquema del texto legal correspondiente. Si antes las divisiones de la obra no eran otras que los números de los artículos, ahora la denominación de los párrafos de cada capítulo corresponde, por ejemplo, a los títulos de las secciones del código. No hay duda que se ha avanzado un tanto en el proceso de abstracción, pero la doctrina jurídica sigue atada al Derecho Positivo. No debe entenderse esta observación como el señalamiento de un error, de un camino equivocado de nuestra doctrina, porque ciertamente la estructura que tienen los códigos suele ser el modo más racional y sistemático de abordar la materia de que se trate. Pero interesa destacar el hecho, porque a nuestro juicio este método llamado científico o dogmático no se halla excesivamente distante del método exegético y, en todo caso, es también consecuencia de la corriente positivista del Derecho. Debe, sin embargo, dejarse a salvo la circunstancia de que el dar todavía un paso más en el camino de la abstracción, obligándose el autor a repensar los esquemas legales, pudiera resultar no sólo más adecuado para el tratamiento de algunas materias, sino incluso enriquecedor para la vida práctica del Derecho.

Las obras que hemos escogido para este período obedecen, con una excepción exegética, al método que acabamos de describir. Todas ellas se desarrollan según el esquema del código o de otros textos legales. Tomemos un ejemplo concreto de Kummerow; en su estudio de los *Bienes y Derechos Reales* explica qué es la ocupación,

Facultad de Derecho, Caracas, 1967; Maduro L., Eloy, *Curso de Obligaciones-Derecho Civil III*, UCAB, Caracas, 1967; Rengel Romberg, A., *Manual de Derecho Procesal Civil venezolano*, UCAB, Caracas, 1968; López Herrera, F., *Anotaciones sobre Derecho de Familia*, UCAB, Caracas, 1970.

cómo se adquiere por ocupación, todo ello con especial referencia al artículo correspondiente de nuestro Código Civil, el 797. Se refiere luego a la ocupación de semovientes, hallazgo de tesoros, bienes muebles perdidos o extraviados y cosas arrojadas por el mar, lo cual corresponde exactamente a los casos planteados por nuestro Código, en los artículos 798, 800, 801 y 805. Intercala dos casos más: uno regido por la Ley de Tránsito Terrestre de 1962 y el caso de los bienes muebles recuperados por las autoridades policiales, en relación con la Ley del mismo título, de 1966.

El esquema de la obra sobre Derecho de Familia, de López Herrera, es el mismo de la parte correspondiente del Código Civil. Por ejemplo, cuando trata de los efectos del matrimonio, se ocupa sucesivamente de los deberes y derechos de los cónyuges, el régimen de los bienes, capitulaciones matrimoniales, comunidad de gananciales, bienes propios de los cónyuges, bienes comunes de los cónyuges, cargas de la comunidad, disolución y liquidación de la comunidad. Basta echar una ojeada al Código para comprobar la coincidencia de los títulos mencionados con el mismo.

Inclusive se da el caso de que el autor tenga observaciones al Código, pero de todas formas no se aparta del esquema que le propone. Por ejemplo José Luis Aguilar, en su tratado sobre Personas, en materia de Registro Civil, habla de las partidas de nacimiento, matrimonio y defunción y del estado civil de los militares en campaña, pero señala que también se registran el reconocimiento de hijos naturales, la legitimación, etc. ¿Por qué no darles allí el mismo tratamiento? Observamos también que el Código trata por separado el registro referente a las obligaciones. ¿No sería posible y conveniente un estudio de conjunto de todo lo referente al Registro Civil? Es posible que los especialistas en estas disciplinas encuentren objeciones serias a las sugerencias que hacemos, pero en todo caso lo que queremos señalar es que nuestro Código trata una materia de un cierto modo y ello es tomado como patrón por los tratadistas que se ocupan del asunto.

El cambio metodológico que se opera en esta época, es tratado explícitamente por algunos autores; incluso encontramos expresiones de optimismo, por el hecho de haber encontrado lo que consideran la vía correcta para hacer Ciencia del Derecho. Roberto

Goldschmidt, en el prólogo de su tratado de Derecho Mercantil, dice:

“En el desarrollo de la disciplina se sigue un criterio sistemático que se aparta, a veces, del orden del Código de Comercio; contrariamente a un método de enseñanza, de todas maneras hoy superado, no se procede a una mera exégesis de los distintos textos legales”. (Prólogo, página 9).

De todas formas, la obra sigue muy de cerca el Código de Comercio y cada punto es desarrollado en continua referencia a la legislación venezolana.

En el prefacio de su *Curso de Obligaciones*, Eloy Maduro Luyando dice:

“Hasta 1936 la enseñanza en esta asignatura consistía de un modo predominante, en la utilización del método exegético, según el cual el profesor se limitaba a un breve comentario de los artículos del Código Civil con pocas referencias a la doctrina y a la jurisprudencia. A partir de dicho año comienza la transformación de la enseñanza mediante el análisis de las instituciones y nociones de carácter general, con referencias doctrinarias cada vez más abundantes. El método exegético es reemplazado por el sistemático, que sin escatimar las ventajas de aquel, introduce el conocimiento doctrinario de las instituciones y figuras como instrumento indispensable y previo a la explicación del alcance del articulado del Código Civil”. (Prefacio, p. 7).

Una lectura comparativa del índice de la obra, revela el tratamiento de los mismos temas sugeridos por el Código Civil: fuentes de las obligaciones, efectos de las obligaciones, diversas obligaciones, extinción de las obligaciones; el contrato, sus elementos, etc. Por supuesto, en el desarrollo de cada uno de los puntos, las referencias al Código son continuas. Cuando comienza a estudiar los elementos esenciales del contrato, por ejemplo, muestra que el fundamento de sus afirmaciones es siempre el texto legal:

“Cuando nos referimos a los elementos esenciales a la existencia del contrato dijimos que el artículo 1141 del Código Civil los enumeraba así: el objeto, el consentimiento y la causa. Nos corresponde el análisis del tercero de los mismos”. (Título VIII, Cap. 25, pp. 461-462).

Habla más adelante de los vicios del consentimiento, tal cual como lo hace el Código; sin embargo, podría señalarse que en un

negocio jurídico unilateral no puede hablarse propiamente de consentimiento sino simplemente de voluntad y que la voluntad puede estar viciada. De allí que podría resultar más conveniente tratar de modo amplio los vicios que pueden afectar a la voluntad en general, aun cuando ello signifique apartarse de la regulación del Código. Lo mismo cabría decir en lo referente a las fuentes de las obligaciones. En la "Introducción" de la obra, p. 17, describe las partes de que consta el tratado y respecto de la segunda parte, dice que se ocupa de las fuentes de las obligaciones "y se refiere a las fuentes contempladas en nuestro Código Civil". Pero nuestro Código Civil no incluye en su enumeración a los testamentos, a las sentencias, etc. ¿No sería preferible ampliar un poco el criterio para incluir estas figuras? Si se replantea el problema desde el principio, las obligaciones surgen de las normas jurídicas, cualquiera sea la forma de expresión que ellas adopten: contrato o ley, pero también testamento, sentencia, etc. Por eso insistimos en lo que habíamos dicho con anterioridad, que quizás resulte útil a nuestra doctrina el replantearse los esquemas legales que comenta.

Esta clara toma de conciencia del método utilizado en este período, que hemos visto comentada en algunos autores, tiene sin embargo una curiosa excepción. Rengel Romberg, en su *Manual de Derecho Procesal Civil venezolano*, comienza su planteamiento metodológico por la vieja definición aristotélica de la ciencia: "En general, se entiende por ciencia el conocimiento de contenido cierto y de validez universal" (Cap. I, p. 32); luego explica cómo la insuficiente escuela exegética fue sustituida por una escuela científica que utilizaba el método histórico-sistemático, introducida en Venezuela por Luis Loreto. Después, no obstante los elogios a esta escuela que califica de científica, se declara seguidor de la escuela ego-lógica, explicando que para ella el objeto de la Ciencia Jurídica debe situarse en la conducta humana. Agrega que la norma es considerada sólo un medio de conocimiento de las conductas. Muy de acuerdo con estas afirmaciones, define al Derecho Procesal Civil como "aquella rama de la ciencia jurídica que tiene por objeto el estudio de las conductas que intervienen en el proceso civil para la emanación de una sentencia (. . .) El proceso civil se hace y se desarrolla mediante conductas: la del juez, de las partes y demás auxiliares de la jurisdicción, y no mediante normas" (Cap. I, p. 37).

Tan enérgica toma de posición metodológica del capítulo I, cae en el más completo olvido en los capítulos siguientes. A pesar de la afirmación de que el proceso se hace mediante conductas y no mediante normas, la obra no estudia para nada las conductas del juez, de las partes y demás auxiliares de la jurisdicción, sino que se dedica a estudiar las normas de nuestro Código de Procedimiento Civil: competencia por la materia y por el valor, competencia por el territorio, competencia por conexión o por continencia de la causa, disposiciones sobre no domiciliados en Venezuela (que Rengel Romberg llama competencia procesal Internacional), conflictos de competencia entre jueces, etc., etc., títulos todos que coinciden con los de nuestro Código de Procedimiento Civil. En el capítulo dedicado a las partes en el proceso, por ejemplo, hay un párrafo sobre la capacidad procesal que está desarrollado a través de cuatro páginas, en las cuales se citan trece artículos de Códigos. Después de señalar brevemente la diferencia entre capacidad de ser parte y capacidad procesal, se pasa de inmediato a determinar qué regula o qué no regula nuestro Código de Procedimiento Civil sobre capacidad procesal. Se examinan una serie de casos: menores de edad, menores emancipados, personas jurídicas, etc., y en todos ellos la calificación y tratamiento se remite a disposiciones legales expresas. Se llega, pues, a la conclusión de que el objeto del Derecho Procesal son esa serie de normas del Código de Procedimiento Civil y del Código Civil, que permiten la descripción de los tipos tratados. En este caso, una vez más, hay la utilización del método dogmático, que es común a los autores del período, no obstante la confusión inicial del autor sobre su propia ubicación.

Una excepción a este sistema de trabajo lo constituye el *Estudio Analítico de la Ley del Trabajo venezolana*, de Rafael Alfonso Guzmán. Se trata de un comentario de la Ley del Trabajo de 1936, realizado artículo por artículo, al estilo exegético del período anterior. Comentando el tema objeto de la obra, advierte que queda exceptuada la materia regulada por la Ley del Seguro Social y agrega: "el presente estudio brinda el análisis minucioso del resto del articulado legal (...) Cada glosa está confrontada con sus correspondientes de otros países" (Prefacio, pp. 14-15).

Por otra parte, en puntos concretos de algunas de las obras de este período, hay la huella dejada por las diferentes escuelas filosóficas del Derecho.

En el libro sobre Personas, de José Luis Aguilar, encontramos la adhesión a uno de los postulados del positivismo legalista: la reducción del Derecho a la ley y, como consecuencia, la consideración de que toda norma jurídica es general.

“Nosotros adherimos a la tesis de que normas jurídicas propiamente dichas son los preceptos jurídicos generales”. (Cap. III, p. 32).

En esta misma obra hay otra muestra de influencia positivista, en relación con el problema de las lagunas del Derecho y los principios generales del Derecho (tema ya comentado al analizar citas de Marcano Rodríguez):

“El silencio de la ley se suple en primer término con otras disposiciones de la misma ley. Si aún así hubiera dudas, se aplicarán los principios generales del derecho (C. C. Art. 4º, aparte único). Ahora bien, según la opinión a la cual adherimos, esos principios generales deben ser inferidos de la propia ley. De modo, pues, que en nuestra opinión, la ley es la única fuente formal directa de nuestro Derecho Civil vigente (...) los principios generales del Derecho (“analogía juris”), que son principios inducidos de una pluralidad de disposiciones jurídicas y que tienen una generalidad mayor que cada una de esas disposiciones”. (Cap. III, pp. 35 y 43).

En el *Manual de Derecho Penal venezolano*, de Tulio Chiossone, hay una explícita escogencia de la perspectiva positivista:

“Nosotros no nos ocuparemos aquí del Derecho Penal teórico (...) sólo estudiaremos, con un criterio netamente positivo, nuestro Derecho Penal, aquel que está objetivado en la regla jurídica expresa”. (Cap. I, página 12).

Pero luego se desliza una sombra ius-naturalista en esta obra, con la sempiterna apelación a los principios absolutos, independientes del tiempo y el espacio:

“Todos los expositores del Derecho han buscado la razón, el principio que justifica la existencia del derecho de castigar (...) Admitiendo el criterio de que el Derecho no es un producto histórico ni ‘un producto artificioso de las conveniencias humanas; no es hechura de

la voluntad del hombre; no es el interés individual ni el interés social; ni siquiera la suma de ambos, sino que es la razón misma, y como tal, un principio absoluto que gobierna la actividad humana individual y social en todo lo que dependiendo de la libertad del hombre, sirve indispensablemente como medio para el cumplimiento de su destino' (cita de E. Pessina: *Elementos de Derecho Penal*, Madrid, 1919), venimos a la conclusión de que si, por esa misma razón suprema, independiente del tiempo y el espacio, tenemos ese patrimonio jurídico de derechos civiles, cívicos y políticos, de modo idéntico poseemos derechos penales que no ejerceremos sólo en virtud de la cesión ficticia que de ellos hacemos a la persona jurídica del Estado (...) quien, ejerciéndolos, defiende la sociedad de los ataques nocivos del hecho punible. Tal es la fundamentación jurídica del Derecho Penal, del derecho que tiene el Estado para imponer castigos a los infractores de la ley (...) El Derecho Positivo tiene su fuente en la ética, pues como hemos visto, la ley no es otra cosa que la consagración de un principio ético acogido por la sociedad para su convivencia. Ahora bien: el Derecho Penal tiene su fuente en la ley y únicamente en la ley". (Cap. I, pp. 14 y 22).

El Derecho deriva, pues, de la razón eterna e inmutable y de allí viene su legitimidad, según el autor. Pero en última instancia, se reconoce y acoge el carácter definitivamente legalista, positivista, de nuestra legislación penal: la única fuente del Derecho Penal es la ley.

Una cierta influencia kelseniana, de pureza metódica, se observa en la exegética obra de Alfonso Guzmán:

"Nos ha guiado en todo momento la preocupación de expurgar nuestra glosa de la contaminación de ciencias ajenas al Derecho. El pronunciado carácter social de la legislación del trabajo, que la hace particularmente conocida y practicada por las grandes mayorías, al par que la finalidad tutelar que le es innata, crean una tendencia a la aplicación de métodos interpretativos totalmente extraños a la ciencia jurídica (...) Es comprensible, por tanto, que las fuentes del Derecho del Trabajo se encuentren influidas por el abigarrado conjunto de otros sectores de ciencia o de arte (...) Empero, sí estoy absolutamente convencido de que tal influencia no debe sobrepasar el momento de creación de la norma jurídica". (Prefacio, pp. 13-14).

En síntesis, podemos señalar que:

1) Durante el período comprendido entre 1961 y 1972, comienza una producción de obras jurídicas comparativamente más

abundante que en épocas anteriores, si se tiene en cuenta la brevedad del lapso.

2) Dichas obras se caracterizan, casi en su totalidad, por el empleo del método dogmático. Hay exposiciones sistemáticas de las diferentes materias, con una sistematicidad menos elemental que la simple numeración de los artículos; en todo caso, los esquemas que siguen las obras en sus desarrollos no se apartan realmente de los esquemas que traen los textos legales.

3) En este período se encuentran referencias de los autores al método que están usando y, salvo algunas excepciones, hay bastante coherencia entre el propósito metodológico y el desarrollo de la obra.

4) También aquí las respuestas a problemas concretos como la generalidad de la norma jurídica, las lagunas del Derecho y los principios generales del Derecho, evidencian la presencia de una influencia positivista.

5) Todavía en este período se encuentran casos en los cuales hay una mezcla de pronunciamientos ius-naturalistas y aun egológicos, conjuntamente con afirmaciones y metodología propias del positivismo.

Teoría General del Derecho

En esta materia nos encontramos con algunos manuales, publicados más frecuentemente bajo el tipo de folletos y con el título de *Introducción al Derecho*, que es el nombre de la asignatura correspondiente en el pènsum de la carrera.

De modo curioso, estas publicaciones se producen casi todas alrededor de la década de 1960 a 1970. En efecto, la más antigua, la *Introducción al Derecho*, de Rafael Pizani,⁴² es del año 1956. Y la última publicación que hemos analizado es la que se atribuye a Mariano Uzcátegui, que es de 1974.⁴³ Los otros textos que anali-

42. Pizani, Rafael, *Introducción al Derecho*, Librería Pensamiento Vivo, C. A., Caracas, 1956.

43. Uzcátegui, Mariano, *Apuntes de Introducción al Derecho*, de las clases del profesor M. Uzcátegui, Manuales y Trabajos Universitarios, C. A., Caracas, 1974.

zaremos son los de Delgado Ocando, Egaña, Calvani, los hermanos Zambrano y Olaso.⁴⁴

Decimos que es curioso que aparezcan en los años señalados, por dos razones: en primer lugar, porque coinciden con la serie de manuales que se publican en las otras disciplinas por la misma época y que ya examinamos en el párrafo anterior de este capítulo. En segundo lugar, porque la materia existía con este nombre o con el de *Principios Generales del Derecho*, desde muchos años antes de 1960, y es a partir de esta fecha, aproximadamente, que comienzan las publicaciones.

Esta serie de trabajos de Introducción al Derecho están desarrollados de acuerdo al programa de la asignatura; incluso en algunos casos no se trata de textos preparados para la publicación por el autor, sino de apuntes tomados por sus alumnos en las exposiciones de clases, quienes han procedido luego a su reproducción. En el caso del folleto que se atribuye a las clases dictadas por el doctor Arístides Calvani en la Universidad Central de Venezuela, por ejemplo, no aparece su nombre, ni referencia alguna sobre la procedencia de los apuntes; sin embargo, el folleto se hizo muy popular en una época y todo el mundo consideraba a Calvani como su autor, de una forma o de otra. Nos hemos permitido utilizar incluso estas fuentes documentales, dada la ausencia de otros trabajos similares de los autores y el interés de ampliar en lo posible el examen de las opiniones sobre esta materia. Pero señalamos, pues, claramente, que los doctores Arístides Calvani y Mariano Uzcátegui no publicaron los folletos que se les atribuyen y que analizaremos con la salvedad señalada.

Del tratamiento que hacen estos textos y folletos de los diferentes temas del programa de Introducción al Derecho, seleccionamos algunos puntos que nos parecen significativos para conocer la orientación del autor sobre las corrientes de pensamiento que estamos considerando en este trabajo. Planteamientos relativos a la Moral y al Derecho, por ejemplo, al Derecho Objetivo y al derecho

44. Delgado Ocando, J. M., *Apuntes de Introducción al Derecho*, Universidad del Zulia, Maracaibo, 1961; Egaña, Manuel S., *Notas de Introducción al Derecho*, Edit. Criterio, Caracas, 1963; Calvani, Arístides (apuntes atribuidos a), *Introducción al Derecho*, Avila Ediciones y Distribuciones, Caracas, 1965; Zambrano V., José A. y Luis E., *Introducción al estudio del Derecho*, Edit. Sucre, Caracas, 1965; Olaso, Luis M., *Introducción al Derecho*, U.C.A.B., Caracas, 1969-70.

subjetivo, a las fuentes del Derecho, son usualmente reveladores de las inclinaciones de quien habla. De acuerdo a estas inclinaciones manifestadas en determinados pasajes de sus obras, nos parece posible dividir en dos grupos a estos ocho profesores, aun cuando presentan bastantes diferencias entre ellos, incluso cuando se encuentran ubicados dentro de una misma tendencia. Los dos grupos pueden caracterizarse por la influencia predominante, o al menos considerable, de uno de estos dos autores: Kelsen y Santo Tomás. De modo que las corrientes principales en Teoría General del Derecho, en nuestro país, son el formalismo jurídico y el ius-naturalismo tomista. Sin embargo, hay que destacar que dentro de cada uno de estos grupos no siempre hay una efectiva adhesión a los postulados de la escuela correspondiente, por parte de los autores analizados. No obstante, insistimos en la división propuesta, no sólo por razones sistemáticas, que resultarían forzadas en este caso, sino porque los autores muestran una influencia importante de la escuela donde se los ubica, aun en el caso de que no la hayan asimilado plenamente. Como veremos en su oportunidad, esta asimilación parcial lleva en algunos casos a conclusiones poco comunes.

Con estas salvedades, enunciamos los dos grupos: dentro de la órbita kelseniana encontramos a Rafael Pizani, J. M. Delgado Ocampo, Manuel Egaña y Mariano Uzcátegui; en el grupo tomista, Aristides Calvani, José Alberto y Luis Eduardo Zambrano Velasco y Luis M. Olaso.

De la *Introducción al Derecho* de Pizani se puede decir que se nos presenta en su conjunto como una exposición coherente y clara de las tesis del formalismo jurídico. En cada uno de los puntos tratados hay dominio y comprensión a fondo del pensamiento de Kelsen.

En cuanto a la esencia de lo jurídico, Pizani la centra en una serie de conceptos lógicos, prescindiendo de los contenidos variables de los distintos sistemas jurídicos:

“En un ordenamiento jurídico encontramos diversas instituciones. La hipoteca, por ejemplo, está en el ordenamiento jurídico venezolano. Puede estar también en otro ordenamiento jurídico cualquiera, pero por el hecho de que no figure en un ordenamiento jurídico determinado no dejará éste de ser un ordenamiento jurídico. Lo mismo ocurre con el *habeas corpus*, el divorcio, etc. Se puede concebir un ordena-

miento jurídico sin estas instituciones. Pero hay conocimientos que no se pueden eliminar sin eliminar la noción misma del ordenamiento jurídico (...) Los conceptos de imputación normativa, de relación jurídica, de sujeto, de validez, de orden jurídico, constituyen los temas de meditación primarios para toda teoría jurídica". (Tema 12, pp. 16-17).

La reducción metódica del objeto de estudio al Derecho Positivo, como premisa para un análisis científico del Derecho, también es sostenida por Pizani:

"Es posible que exista un ordenamiento jurídico distinto y superior al positivo. No es eso lo que debe interesar al científico del Derecho". (Tema 12, p. 18).

La concepción de la norma jurídica está en armonía con toda la exposición formalista precedente:

"*Cualquier contenido es posible de una norma* (...) lo único que puede diferenciar las normas no es el contenido de las mismas sino su forma lógica". (Tema 22, p. 139).

En cuanto a los principios generales del Derecho, después de comentar las dos tesis sobre los mismos (la que dice que son principios del Derecho Natural y la que afirma que se establecen por abstracción a partir del Derecho Positivo), se refiere a las limitaciones que establece Del Vecchio a su concepción ius-naturalista sobre principios generales del Derecho y agrega: "¿Qué significa esto? la misma tesis de Coviello; significa que son principios de Derecho Positivo, que están inmersos en la estructura misma del orden positivo y son principios de Derecho Positivo por esta misma razón". (Tema 34, p. 322).

Con motivo del desarrollo de la tesis sobre la relación jurídica, Pizani se pronuncia explícitamente respecto de la doctrina kelseniana, diciendo "en cuanto a la relación jurídica misma, no dudamos en afirmar que científicamente la concepción pura nos parece la más depurada, la mejor elaborada". (Tema 23, p. 160). Y explica, acertadamente a nuestro juicio, uno de los pasajes más difícilmente asimilados de la *Teoría Pura del Derecho*, esto es, todo lo relativo al Derecho en sentido subjetivo.

En la obra de Delgado Ocando nos encontramos con una versión muy curiosa del formalismo jurídico vienés. En las tesis relativas a la relación jurídica, hay una serie de párrafos que giran en torno a dicha teoría. En ciertos momentos, uno piensa que hay una adopción plena de las tesis kelsenianas, como cuando se refiere a la relación jurídica como algo no distinto del Derecho Objetivo:

“Si toda norma impone obligaciones y confiere correlativamente derechos, prácticamente la estructura del precepto jurídico se agota en ser una relación entre un sujeto facultado y un sujeto obligado.

“Esta es la razón por la cual la teoría moderna considera que la relación jurídica no es una cosa distinta de las normas”. (Tesis 9, p. 1).

Habría que observar, sin embargo, que para Kelsen no toda norma jurídica es bilateral. Justamente cuando trata del derecho subjetivo, dice que la noción de deber jurídico es indispensable a toda norma jurídica, pero que no ocurre lo mismo con el concepto de derecho subjetivo. Hay normas jurídicas en las cuales no aparece el derecho subjetivo kelsenianamente considerado. Pero en todo caso, resulta conforme a las tesis de Kelsen la afirmación de que “la relación jurídica no es una cosa distinta de la norma”. Ahora bien, una vez aceptado este postulado, podría presumirse la adopción de la tesis formalista en cuanto a los otros conceptos fundamentales de la relación jurídica. No es lo que ocurre con Delgado Ocando, pues se aparta de dicha tesis al referirse al sujeto de derecho, al derecho subjetivo, etc.

En tanto que Kelsen insiste en afirmar que una cosa es la persona física y otra muy distinta la persona jurídica, ya que tienen naturalezas diversas y por tanto no pueden ser homologadas, Delgado Ocando observa que no se las puede identificar completamente, lo cual hace pensar que sí existe una identificación, al menos parcial. Dice Delgado Ocando:

“Por las razones que vamos a exponer de seguidas, es imposible trazar una identificación completa entre la persona en sentido natural y la persona en sentido jurídico”. (Tesis 10, p. 13).

La expresión “persona física o natural” no es utilizada en el mismo sentido que la utilizan la doctrina tradicional o como ente biológico, al modo del mismo Kelsen, sino como algo diferente:

“No es posible, pues, encontrar detrás de esa persona que llamamos física, que llamamos natural, el hombre biológicamente considerado, *sino actos humanos, conducta humana, y esta conducta humana* tiene que estar regulada jurídicamente para poderla concebir como derechos y obligaciones de un sujeto titular de Derecho”. (Tesis 11, p. 17).

Como vemos, en este pasaje no hay relación con el concepto kelseniano del sujeto de derecho, sea individual o colectivo. Observemos que la persona física o natural de que habla Delgado Ocando es entendida como conducta, como actos humanos, que son hechos témporo-espaciales y no como un concepto lógico, único modo de ser considerado como parte de la norma jurídica, que para Kelsen es un juicio lógico.

Con el concepto de derecho subjetivo ocurre algo similar que con el de sujeto de derecho. Después de afirmar la igualdad de naturaleza de Derecho Objetivo y derecho subjetivo, se atribuye al derecho subjetivo una naturaleza diferente a la normativa cuando se explica su noción.

“El Derecho subjetivo, lo mismo que el Derecho Objetivo, tiene una contextura normativa, porque en todo caso es la juridicidad del comportamiento humano (...) Para mí, la diferencia entre derecho en sentido subjetivo y derecho en sentido objetivo, es la misma diferencia que existe entre las normas generales y las normas individualizadas. Por eso yo pienso que Kelsen tiene toda la razón cuando sostiene que no hay ninguna diferencia entre derecho en sentido objetivo y derecho subjetivo”. (Tesis 12, p. 67).

Si se afirma que entre Derecho Objetivo y derecho subjetivo hay la misma diferencia que entre normas generales y normas individualizadas y luego se aclara que por eso mismo no hay ninguna diferencia entre Derecho Objetivo y derecho subjetivo, uno debe concluir que no hay tampoco ninguna diferencia entre normas generales y normas individuales. Esta conclusión no parece ajustada a la más pura ortodoxia de la escuela vienesa. En efecto, si bien todas las normas de un sistema jurídico se hallan vinculadas dentro de un sistema jerárquico y a partir de una norma fundamental, sin embargo para Kelsen hay la creación de una nueva norma cada vez que se crea un deber jurídico nuevo, no existente con anterioridad a dicho acto de creación. Así, aun cuando el Código Civil establece los deberes jurídicos propios del comprador, dichos deberes jurídicos

no existen para tal o cual individuo singular, a menos que él realice un contrato de compra-venta. Una cosa es el Código Civil, norma general, y otra el contrato del individuo en cuestión, norma individual. Existe una relación entre ambas normas, pero no de identidad.

Delgado Ocando continúa luego explicándonos en qué consiste el derecho subjetivo:

“Siempre que hablamos de derecho subjetivo nos referimos a comportamiento viviente, pero un comportamiento viviente que se encuentra regulado, no por las normas generales, sino por las normas individualizadas”. (Tesis 12, p. 68).

De nuevo aquí aparece la conducta, el comportamiento viviente, como en el caso del sujeto de derecho. Repetimos por tanto lo que dijimos con relación a éste: el comportamiento viviente es un fenómeno y como tal, tiene una naturaleza diferente a la normativa en el sentido kelseniano. Si se entiende el derecho subjetivo como comportamiento viviente, aunque sea regulado por normas, no puede decirse que el derecho subjetivo tiene una “contextura normativa” al igual que el Derecho Objetivo. Por lo demás, este concepto de derecho subjetivo difiere mucho del establecido por la *Teoría Pura del Derecho*. También difiere de las tesis formalistas la afirmación de que el derecho subjetivo sea comportamiento regulado por normas individualizadas. Para Kelsen, una norma jurídica general puede encerrar un derecho subjetivo, como en los casos de la difamación e injuria, previstos en el Código Penal venezolano, en el artículo 444 y siguientes, que no son enjuiciados sino por acusación de parte agraviada (Art. 451 del Código citado), o en materia civil, donde el incumplimiento de una serie de obligaciones previstas por el código, no es sancionable si no media la querrela correspondiente de un particular. Son normas jurídicas generales y establecen como requisito para que se aplique la sanción, la reclamación del particular agraviado; es decir, encierran derechos subjetivos.

En cuanto al concepto de deber jurídico, encontramos igualmente serias discrepancias con la doctrina kelseniana.

“Es precisamente esta relación imperativo-atributiva la que convierte el deber jurídico —que por otra parte es un concepto moral, no estrictamente jurídico— en una deuda, porque la deuda es un deber de tal particularidad que puede ser exigido en una forma coactiva”. (Tesis 9, p. 1).

De acuerdo a este párrafo, el deber jurídico se convierte en deuda y la deuda es un deber muy particular, precisamente porque puede ser exigida coactivamente. Pero para Kelsen lo que caracteriza o define a todo deber jurídico es la nota de coercibilidad; insistimos, a todo deber jurídico y no a un tipo particular de él denominado deuda. Cada vez que una norma enlaza una conducta con un acto de coacción, allí hay deber jurídico: aquella conducta cuya contraria se encuentra enlazada a la sanción. El derecho subjetivo puede añadirse o no; cuando entre las condiciones de la sanción se establece el requerimiento o acción del particular agraviado ante los organismos competentes, allí hay derecho subjetivo. Pero puede haber una norma jurídica que no establezca entre las condiciones de la sanción la reclamación de un particular; el artículo del Código Penal que establece el homicidio, por ejemplo. En ese caso no hay derecho subjetivo, pero hay una conducta enlazada a una sanción y por ello hay deber jurídico. Dicha norma tiene una estructura imperativo-atributiva y sin embargo el deber jurídico puede ser exigido en una forma coactiva.

Del análisis de esta serie de conceptos relacionados con el tema del Derecho en sentido subjetivo, concluimos que la posición de Delgado Ocando no se ajusta del todo a la doctrina de Kelsen, si bien gira todo el tiempo en torno a él.

Es el mismo autor quien se refiere a su posición en los siguientes términos:

“Esta es, pues, una interpretación que yo llamaría axiológica, o más concretamente ontológica de la teoría pura del Derecho de Kelsen. Es una versión de la teoría pura del Derecho que no acepta —como acabo de decir— la distinción entre derecho en sentido objetivo y derecho en sentido subjetivo”. (Tesis 12, p. 68).

Dice el autor que es una versión de la *Teoría Pura del Derecho*, que no acepta la distinción entre Derecho en sentido objetivo y Derecho en sentido subjetivo. Es de advertir que tampoco Kelsen acepta la distinción, pero Delgado Ocando la introduce de hecho en su interpretación, al atribuir naturaleza fenoménica al derecho subjetivo y al sujeto de derecho y naturaleza normativa al Derecho Objetivo.

El autor autocalifica su interpretación de ontológica. No sabemos por qué.

Las referencias a la conducta humana, tanto en el caso del sujeto de derecho como en el del derecho subjetivo, nos traen a la memoria la teoría egológica de Carlos Cossio, pero no hay suficientes elementos en el texto como para asegurar cierta influencia del autor argentino.

Manuel Simón Egaña es de difícil ubicación, porque suele exponer distintas teorías sobre cada uno de los puntos tratados, siendo poco explícito con relación a su propia posición. Por otra parte, aquellos pasajes que resultan más o menos reveladores de una determinada tendencia, se ven luego enfrentados a ideas diferentes en otros lugares de la obra, todo lo cual oscurece la clasificación del autor.

Al comienzo de su manual nos encontramos con unas líneas que hacen pensar en una cierta inclinación ius-naturalista:

“Aun cuando el positivismo agrupa cada día más juristas, no debemos olvidar la posibilidad de concebir un orden justo, que sirva de modelo a nuestro imperfecto sistema normativo y lo oriente hacia una formulación más justa, aun cuando no lo suplante”. (Cap. I, p. 14).

Pero esta concesión al ius-naturalismo es compensada con una declaración positivista, al referirse a las características de la norma jurídica:

“La norma del Derecho, sin embargo, presenta todavía características que la hacen diferenciarse claramente de los otros tipos de normas, y la fundamental es la siguiente: el desconocimiento de la conducta impuesta por la norma jurídica acarrea siempre la posibilidad de la imposición de una sanción por parte del órgano facultado del Estado (. . .) Pero la norma jurídica no se impone porque sea más o menos valiosa, sino por la existencia de órganos legítimos del Estado, que así lo determinan”. (Cap. VI, pp. 76-77).

Luego, en un pasaje referente a los órdenes normativos, puede observarse una clara influencia del formalismo jurídico:

“La razón de validez de una norma indica la pertenencia a un determinado sistema normativo, porque todas las normas que pertenecen a

ese sistema normativo tienen la misma razón de validez y ésta no es otra que la existencia de una norma fundamental de la cual derivan validez todas las que integran el sistema". (Cap. III, p. 33).

Esta influencia formalista parece prolongarse en la consideración que hace Egaña de la relación jurídica, cuando critica las explicaciones que se apoyan en los sustratos materiales de la relación jurídica y define a ésta a través de la norma. Sin embargo, una serie de elementos de la doctrina tradicional, los mismos sustratos materiales a que antes aludiera, se deslizan en su explicación.

"Nosotros estimamos que a través de toda esa serie de explicaciones se vislumbra un error metódico que no puede llevar a conclusiones exactas. Se trata de explicar una relación jurídica, un fenómeno, producto exclusivo del Derecho Positivo y materia propia de las ciencias normativas, a través de los sustratos a los cuales éstos se refieren. Una explicación de la naturaleza propia de las relaciones jurídicas, (...) no puede ir más allá de la 'calificación' que una norma dé a hechos naturales de distinta clase. La sustancia no está precisamente en este sustrato que va a ser calificado, sino en la calificación misma. Las llamadas relaciones jurídicas no son otra cosa que nexos, vínculos, que se establecen entre las personas y entre las personas y cosas específicamente determinadas, o entre las personas y elementos materiales de otra naturaleza que tengan significación para el Derecho, en vista de las cuales se producen determinadas consecuencias jurídicas. Este vínculo material puede ser de la más variada naturaleza". (Cap. XIV, pp. 186-187).

Resulta estrictamente formalista el considerar que la sustancia de la relación jurídica está en la calificación misma que hace la norma y no en el sustrato, pero es contraria a esta idea la afirmación de que las relaciones jurídicas son vínculos que se establecen entre las personas y entre las personas y las cosas específicamente determinadas (y no como conceptos precisamente), porque eso significa que la relación jurídica se halla entonces en los sustratos materiales. Incluso el mismo autor califica al vínculo de material, cosa radicalmente distinta a la concepción lógica de la relación jurídica, según la cual se trata de un vínculo establecido por la norma entre una conducta y un acto de coacción que sanciona dicha conducta, es decir, un vínculo entre dos conceptos.

En materia de interpretación del Derecho, Egaña usa una expresión: "conducta viviente", que, como en el caso de Delgado Ocando, tiene vagas remembranzas egológicas:

“...la labor de interpretación no concluye con el estudio de las normas jurídicas, vale decir, no se limita a la determinación de las formas de conducta que constituyen por una parte la hipótesis jurídica y por la otra la consecuencia. Va más allá y llega también a la necesidad de interpretar la forma de conducta viviente que se pretende coincidir con el tipo normativo”. (Cap. XXI, pp. 267-268).

Sin embargo, es una pieza aislada dentro del texto, que no permite establecer conclusiones generales.

Los apuntes de las clases de Mariano Uzcátegui presentan el estilo breve y conciso, propio de este tipo de trabajos, lo que dificulta la búsqueda de tendencias que aquí nos hemos propuesto. El orden en que desarrolla los diferentes puntos del programa de la materia es un tanto semejante al de Rafael Pizani. No encontramos pronunciamientos expresos del autor sobre puntos conflictivos; más bien es del contexto general de las tesis de donde podemos inferir una ubicación determinada.

Al tocar las características de la norma moral, acoge sin restricciones la nota de autonomía, lo cual no ocurre nunca en los autores ius-naturalistas de la vertiente tomista, quienes de un modo más o menos expreso siempre establecen alguna limitación a la citada autonomía, en razón de la intervención divina en el establecimiento de las normas morales. Por vía de exclusión, podemos ir encontrando la ubicación de este autor.

El tratamiento que hace de la tesis de la norma jurídica es claramente formalista; no hay referencias a elementos axiológicos, al deber de la norma jurídica como un deber de tipo moral, sino más bien al análisis de la estructura lógica de la norma jurídica. Este esquema de eliminación de notas típicas del ius-naturalismo y la realización de análisis de los aspectos formales, es utilizado a través de los diferentes temas; sobre la base de estos datos puede intentarse la calificación del autor como predominantemente formalista.

El folleto de apuntes tomados en clases del doctor Arístides Calvani presenta la misma característica de esquematismo que señalamos en el caso anterior y que es propio de un texto no preparado expresamente para la publicación por su autor. Por esta razón, resalta aún más el hecho de que haya una gran cantidad de citas de diversos pensadores, que se encuentran a lo largo de todo el

folleto. Este detalle revela no sólo amplia formación, sino también honestidad intelectual; merece la pena destacarlo porque se echa de menos en obras cuidadosamente preparadas para la publicación y que omiten el señalamiento de las citas que en ellas se hacen.

Por otra parte, hay que señalar que el texto se muestra coherentemente ius-naturalista a través de todos los temas.

Hay algunos párrafos en el folleto, que muestran de modo muy claro la posición del autor, por ejemplo como cuando trata del Derecho Positivo y el Derecho Natural:

"¿Cualquier regulación de la vida social, en forma jurídica (ley, costumbre) será *derecho* por monstruoso que sea su contenido? Si un parlamento, por ejemplo, dictara una ley para dar muerte al nacer, a los niños defectuosos, ¿será posible que estas normas puedan calificarse de jurídicas?"

"Problema del Derecho que 'es' frente al derecho que 'parece', entre el '*ser del Derecho*' y el '*parecer del Derecho*'. (...).

"El Derecho como disciplina social tal como la define y aplica el Estado con la nota coercitiva característica: *Derecho positivo*."

"El Derecho como conjunto de preceptos que rigen las condiciones de toda vida social y que deben encontrarse en toda sociedad porque corresponden a la naturaleza humana, esencialmente idéntica en todo hombre: '*Derecho Natural*'. (...).

"Es, pues, en la naturaleza humana donde hemos de hallar el verdadero 'ser' del Derecho. Lo que la contraría, podrá tener 'forma' de Ley mas no puede 'ser' Derecho". (Tesis 1, pp. 4-5).

La manera como es desarrollada la primera de las tesis sobre la norma jurídica, sería suficiente para revelar una posición ius-naturalista definida. De seis páginas que tiene la tesis, menos de una está dedicada a la explicación de la estructura lógica de la misma. Por otra parte, vale la pena destacar las frases que utiliza en relación con el deber establecido por la norma jurídica:

"Deber 'es la exigencia racional —necesidad moral— de realizar los actos que son conformes al bien de la naturaleza humana y que por esto mismo la perfeccionan y de omitir aquellos que la degradan'. En este sentido debemos entender orden jurídico y orden ético. (...).

"La grandeza del Derecho está en que la norma jurídica está encaminada al bien y engendra su cumplimiento del deber". (Tesis 6, p. 51).

Un tema donde se encuentran frecuentes contradicciones entre los autores, el problema del derecho subjetivo, en este autor es desarrollado en perfecta armonía con los textos anteriormente citados:

“Todo orden jurídico no es sino una manera de trenzar y coordinar las facultades atribuidas a cada uno de los sujetos vinculados. Para atribuir facultades es menester tener la idea de un orden superior previo que sirva de patrón. Lo primero, pues, el hombre con sus facultades. Del choque de esas facultades surge el derecho objetivo para ‘coordinarlas’. (...).

”Por otra parte, es necesario señalar el hecho de que todo Derecho, por el mismo hecho de regular conductas, impone obligaciones, y si las impone, simultáneamente concede facultades. Desde el punto de vista filosófico, el Derecho Subjetivo precede al Derecho Objetivo porque lo primero que existe es el hombre”. (Tesis 1, p. 8 y tesis 16, p. 139).

El único punto donde se encuentra un rastro de positivismo en Calvani es en la definición de los principios generales del Derecho. En vez de afirmar que los vacíos de la legislación no subsanables por analogía, deben ser llenados a través de los principios del Derecho Natural, de la recta razón o algo por el estilo, define a los principios generales del Derecho del siguiente modo:

“(...) son aquellos que mediante procedimientos de comparación, generalización y abstracción progresivamente crecientes, se pueden extraer o deducir del ordenamiento jurídico vigente, en un estado determinado y que representan presupuestos y *directivas fundamentales*”. (Tesis 13, p. 112).

La obra de los hermanos Zambrano Velasco que aquí analizamos, abarca sólo seis temas del programa de Introducción al Derecho, pero es suficiente para hacerse una idea de su orientación. El texto se caracteriza por presentar en cada una de las seis partes o temas, una gran cantidad de divisiones y subdivisiones y una redacción muy concisa, que hilvana temas sin abundar en mediaciones. Por ejemplo, la parte dedicada a la norma jurídica, comienza con un párrafo donde los autores se refieren a los conceptos de ley, regla y norma. Luego viene un segundo título: “Necesidad física, lógica y moral”, con tres subdivisiones correspondientes a cada uno de los tipos de necesidad. Sin transición viene el tercer título: “Datos Formales y Reales” y el cuarto: “Datos Formales y Datos Reales de

la Norma Jurídica”, para regresar luego en el quinto título a las Leyes Naturales y normas de conducta. En el sexto párrafo continúan con el análisis de las normas jurídicas: “Supuesto de Hecho y Consecuencia Jurídica” y así sucesivamente. Como señalamos, hay una redacción apretada, que pasa de un punto a otro, sin extenderse en párrafos de transición.

Por lo demás, en este manual se pueden observar puntos de coincidencia con las exposiciones del folleto de Calvani, como por ejemplo en la enumeración de los Datos Formales y Datos Reales de la norma jurídica, en la relación de Derecho Objetivo y derecho subjetivo, etc.

Una característica importante de esta obra, es el énfasis con que se afirman las tesis ius-naturalistas, con títulos tales como: “Exacta comprensión del criterio” (parte 3, p. 33), con conclusiones sobre puntos debatidos en los cuales se dice: “Tratemos de precisar y formular de modo correcto los más importantes criterios distintivos” (parte 4, p. 23) y con condenatorias definitivas al positivismo como esta: “La concepción positivista del derecho y sus secuelas ideológicas han perecido aplastadas por su propia insuficiencia, provocando un retorno al Derecho Natural” (parte 1, p. 23).

Este ius-naturalismo radical se encuentra calificado con una clara adscripción a las tesis tomistas. Hay, por ejemplo, la referencia a la Divinidad como fundamento último de las leyes:

“Dios autor del Universo gobierna a través de su providencia la comunidad del mundo. El orden del mundo y la marcha armónica de los seres revelan que su autor rige su curso por leyes. La Ley Eterna es la razón sabia de Dios en cuanto dirige toda acción y todo movimiento (...) La naturaleza humana fundamenta la ley natural, pero no es su fundamento absoluto. Depende de otro principio superior. Es obra de Dios (...)”. (Parte 1, pp. 24-25).

Puntos como los de la autonomía de la moral y las relaciones entre Derecho Objetivo y derecho subjetivo, son desarrollados desde una perspectiva netamente ius-naturalista. La autonomía de la moral es restringida con una nota de heteronomía, “porque nuestra naturaleza la hemos recibido de Dios” (parte 3, p. 33). Al Derecho Objetivo y al derecho subjetivo se les atribuye diferente naturaleza: “Se trata de dos objetos distintos de conocimiento, el fenómeno

psicológico, por un lado, y la autorización hecha por la norma, por otro" (parte 1, p. 30); y en cuanto a la relación entre ambos, en coincidencia con Calvani, dicen:

"...resta observar que en el orden positivo, todo derecho subjetivo encuentra su fundamento en los preceptos del derecho objetivo y que en el orden de la Filosofía del Derecho, primero es el hombre con sus facultades naturales y luego el derecho con la misión de coordinarlas y afirmarlas". (Parte 1, p. 30).

En los folletos de *Introducción al Derecho*, de Luis M. Olaso, se nota igualmente en algunos pasajes cierta coincidencia con planteamientos y definiciones del folleto de Calvani. También hay bastante influencia de Castán Tobeñas, de García Maynez, etc. Cada tema del programa es desarrollado prolijamente, con una cantidad enorme de subdivisiones en los mismos.

Quizás la nota más característica de esta obra es la reiterada inclinación del autor a adoptar posiciones eclécticas entre corrientes opuestas. Por ejemplo, en el tema referente a los principios generales del Derecho, dice que hay dos opiniones fundamentales, la positivista y la ius-naturalista, y agrega luego la tesis de De Castro. A continuación, bajo el subtítulo de "Comentario", señala lo siguiente:

"Nos parece, con Castán, que las dos primeras opiniones no son contradictorias sino que, por el contrario, se complementan mutuamente. Por una parte, no es del todo infundado el temor de que, al recurrir a los principios generales del derecho a través de una pura interpretación filosófica de los mismos, se deja puerta abierta a la inseguridad jurídica (...). Por otra parte, tienen razón los que ponen de relieve los inconvenientes de entender los principios generales del Derecho dentro de la estrecha concepción positivista (...). Existe también un *criterio armónico* que precisa bien el problema (...)" (Tomo III, pp. 131-132).

Luego da una definición que él considera ecléctica y que nos recuerda un poco la de Calvani:

"*Definición.* Nos decidimos por la siguiente: 'Principios generales del Derecho son aquellos que mediante un proceso de comparación, generalización y abstracción progresivamente creciente, se pueden inducir de todo sistema jurídico vigente positivo, y que representan sus

presupuestos y directrices fundamentales de acuerdo con la recta razón y la idea de justicia tal como es exigida en la actual situación mundial'. "Como se ve, es una definición que pretende recoger ambas opiniones extremas, ius-naturalista y positivista y que está atenta a las variaciones que exige el progreso de los pueblos". (Tomo III, p. 133).

A pesar de esta tendencia hacia las posiciones conciliadoras, que está presente en toda la obra, hay enfoques y puntos concretos que revelan de manera indudable una filiación ius-naturalista de tipo tomista. Cuando trata el problema de la autonomía de la Moral, afirma categóricamente que la Moral es heterónoma porque "Nos parece evidente que las normas morales no se las crea el hombre arbitrariamente, a su gusto o capricho, sino que 'están-ahí' y él las descubre" (tomo I, Cap. VI, p. 86). No dice expresamente quién las puso "ahí", pero señala que las normas morales se apoyan "en la misma naturaleza humana y en la situación concreta de cada persona en el mundo" (tomo I, Cap. VI, p. 85), lo cual puede contribuir a la interpretación del "ahí".

Por otra parte, la exposición de las tesis formalistas suele estar seguida de críticas fuertes. Las opiniones de dicha escuela sobre la norma jurídica, son criticadas con apelaciones al auténtico Derecho, al deber ser en sentido axiológico, etc.

"No nos parece acertada la visión formalista del Derecho. Como indicamos antes, el 'deber ser' jurídico, no sólo es un enlace distinto del 'es' que rige los fenómenos físicos, sino que supera también el 'deber ser' puramente lógico o normativo, porque un 'auténtico' Derecho sólo se entiende si su 'deber ser' impera conductas que se hayan de cumplir para conseguir los fines jurídicos o valores al servicio de la persona humana". (Tomo III, p. 35).

Del análisis de estas obras de Teoría General del Derecho podemos destacar las siguientes características:

- 1) Todas se producen alrededor de la década de 1960 a 1970.
- 2) Son expresión de una de estas dos tendencias: formalismo jurídico kelseniano o ius-naturalismo de tipo tomista.
- 3) Estas tendencias son apreciables a través de las soluciones que dan los autores a problemas concretos de Teoría General del

Derecho, tales como la consideración de la norma jurídica, la relación entre Derecho Objetivo y derecho subjetivo, etc.

4) Con frecuencia los mismos autores se ubican de modo explícito dentro de una de esas dos escuelas.

5) La adscripción de los autores a esas dos escuelas no siempre es idónea, porque algunos de ellos se apartan considerablemente de las tesis de la escuela correspondiente en la interpretación que hacen de la misma.

CONCLUSIONES

1. *Influencia en nuestra doctrina jurídica de las corrientes analizadas*

Como ya hemos señalado, es a mediados del siglo XIX que comienza en realidad a estructurarse nuestra doctrina jurídica. En todo el período anterior, que abarca la etapa del derecho colonial y los inicios de la vida republicana, la aparición de obras jurídicas verdaderamente venezolanas es muy escasa. De todas formas, a pesar de que este período no está comprendido en nuestro estudio, valdría la pena señalar de pasada que se caracteriza por la vigencia de un conjunto asistemático de disposiciones legales y por la influencia de obras extranjeras que tratan al Derecho de manera casuística, sin un esquema riguroso que ordene los diferentes tópicos, y que evidencian, al parecer, la huella de un ius-naturalismo de corte escolástico.

En el período que hemos denominado Clásico, y que coincide con el lapso en el cual se desarrolla el movimiento codificador en Venezuela, aparecen obras metodológicamente exegéticas y que responden a una serie de puntos concretos de Derecho, con una postura que no contraría la corriente a la cual pertenece la exégesis. Sobre esta base es posible afirmar que nuestra doctrina jurídica nació bajo el signo del positivismo, aun cuando los autores, en muchos casos, no estuvieran conscientes de ello.

Sin embargo, es necesario señalar que en las obras de este período pueden encontrarse afirmaciones de corte ius-naturalista,

que resultan contradictorias con el esquema general que siguen las obras. En la tesis de grado de Rafael Pizani⁴⁵ hallamos un indicio que permite intentar una explicación del fenómeno. Cuando estudia los antecedentes de la asignatura, que para aquella época se denominaba Principios Generales del Derecho, comenta lo siguiente:

“Pero esos estudios estaban afectados de grave dolencia, como era el afán especulativo y el descuido consiguiente de los estudios positivos”. (p. 10).

Con relación al programa de la materia, dice que constaba de dos partes: una teórica del Derecho y unos principios fundamentales de legislación positiva. La primera parte del programa era explicada con especial énfasis en la escuela de Derecho Natural; también se hacía referencia al positivismo, pero con abundantes críticas. A partir de estos datos que nos suministra Pizani y de la observación del método de trabajo que empleaban los tratadistas en sus obras, podemos concluir que la formación de nuestros juristas para la época que comentamos era básicamente positivista, sobre todo en lo que se refiere al estudio concreto del Derecho, pero se les inculcaba una reflexión sobre lo jurídico, una Teoría General del Derecho, marcada por una tendencia fuertemente ius-naturalista. Con una formación semejante podemos comprender las apelaciones a principios eternos e inmutables y otras expresiones por el estilo, dentro de un cuadro claramente positivista.

Durante el período Contemporáneo hay un incremento considerable en las publicaciones jurídicas. Llama la atención porque casi parece que hubiera habido un acuerdo o una decisión de empezar a publicar manuales en las distintas ramas del Derecho, en la década de 1960 a 1970. En tanto que las obras seleccionadas para el período que llamamos Clásico se publican a lo largo de cien años, las obras contemporáneas que escogimos aparecen casi todas en la década señalada. Incluso los textos de Introducción al Derecho que analizamos en este trabajo, son editados en la misma época. Es un hecho curioso este impulso de publicación de manuales centrado en los años mencionados. ¿Qué factores determinaron este fenómeno? La

45. *La Filosofía del Derecho en Venezuela*, ed. cit.

época señalada coincide con el resurgimiento del régimen democrático, después de varios años de una dictadura que clausuró temporalmente la Universidad y separó de sus cargos y hasta del país a muchos profesores universitarios. ¿Influyeron de algún modo las circunstancias políticas en este asunto? Por supuesto que escapa a los objetivos de este trabajo el investigar el problema en cuestión, pero nos pareció interesante apuntar el hecho.

Las obras de este período Contemporáneo utilizan el método dogmático, siguiendo los esquemas de los textos legales correspondientes. Tanto esta circunstancia como la toma de posición frente a una serie de puntos concretos, evidencian una actitud fundamentalmente positivista de nuestra doctrina en este período, no obstante la presencia de algunas referencias ius-naturalistas y egológicas que todavía se deslizan en las obras.

A diferencia del período anterior, los autores son más explícitos al referirse al método y a la ubicación que adoptan y, salvo excepciones, hay bastante coherencia entre el propósito inicial y el desarrollo de la obra.

Las publicaciones en materia de Teoría General del Derecho, en cambio, no manifiestan influencia propiamente positivista sino más bien del formalismo jurídico kelseniano y del ius-naturalismo escolástico.

También puede observarse aquí que estos autores suelen tomar partido, por una u otra corriente, de modo bastante claro. Sin embargo, es necesario señalar el hecho de que no siempre se ajustan estrictamente a los postulados de la escuela de su preferencia.

Si recordamos ahora las observaciones de Pizani sobre la forma como se enseñaba esta asignatura en las primeras décadas de este siglo, debemos destacar que con el correr de los años se ha producido un cambio: ya no predomina una enseñanza ius-naturalista en la materia, sino que se imparte formación en dos sentidos diferentes. A esto hay que agregar que las interpretaciones que hacen los autores de las escuelas a las cuales se adscriben, suelen constituir variantes considerables de ellas. De todo esto se puede concluir que no hay una tendencia uniforme en la enseñanza de la asignatura, impar-tiéndose más bien una formación variada.

2. *Hibridismo en la formación jurídica venezolana*

Del período Clásico al período Contemporáneo puede observarse una evolución de nuestra doctrina hacia formas de una sistematicidad más elaborada, de una reflexión más abstracta y de una determinación de la propia posición un poco más definida y explícita. A través de este proceso de transformación cabe observar, sin embargo, la presencia de una constante: la adscripción a la corriente positivista. En cambio encontramos que cuando se va más allá del estudio concreto de las diferentes ramas jurídicas, para hacer Teoría General del Derecho, la inclinación de la doctrina es diferente. De este modo, la formación que han recibido nuestros juristas padece de un hibridismo que va a reflejarse luego en esa mezcla de tendencias inarmónicas que podemos observar en muchas de las obras comentadas, de uno u otro período.

El estudiante de Derecho recibe una serie de principios iusnaturalistas o formalistas, según el caso, cuando estudia Introducción al Derecho, pero no logra articular en modo alguno estos principios con una formación positivista como la que recibe en el resto de las asignaturas del *pensum*.

Quizás una de las conclusiones de este trabajo deba ser el señalamiento de la necesidad que hay de repensar la estructura de nuestros estudios de Derecho, al menos para incluir en ellos de modo expreso una toma de conciencia sobre este problema y sobre la necesidad de adoptar posiciones metodológicamente coherentes.

3. *Necesidad metodológica del positivismo jurídico en la actual concepción del Derecho*

Un método de conocimiento debe ser siempre adecuado a su objeto. Por cuanto el método y el objeto se implican mutuamente, es necesario explicar qué es lo jurídico, cuál es su naturaleza, para determinar si la actitud positivista es idónea o no para estudiar el Derecho. Sobre este punto no hay uniformidad en la historia del pensamiento.

Si se cree que el Derecho es la expresión de principios eternos e inmutables, creados por una Razón divina, o por un *logos* inmanente al cosmos, o por una racionalidad humana trascendente, es indudable que el punto de partida positivista resulta insuficiente,

en la medida en que excluye toda consideración de normas que no sean las positivas. Si se considera al Derecho como un fenómeno social, como un hecho de la experiencia, deberán investigarse las variables que condicionan su aparición, las conexiones de este fenómeno con otros similares, el funcionamiento en la práctica de las normas jurídicas; en definitiva, estará haciéndose ciencia social, concretamente sociología jurídica, con una metodología diferente a la del positivismo jurídico. Si se adopta, en cambio, un punto de vista normativo en la consideración del Derecho, entonces el positivismo jugará un papel importante. Examinemos esto último con algún detalle.

El Derecho puede ser entendido como un conjunto de normas que constituyen un sistema cerrado, que se autodetermina. Se entiende por norma la expresión de un principio o criterio constrictivo para la voluntad, un patrón para una conducta que se presupone libre, en la medida en que dicha conducta puede ajustarse o no al modelo propuesto. Si debemos suponer la existencia de una conducta libre para poder hablar de normas, hay que tener presente que tal conducta es considerada como algo diferente a la Naturaleza, ya que no estará sometida a la causalidad. El concepto de norma, entonces, presupone la distinción y oposición entre el dominio empírico del hecho y el reino de la libertad, donde tiene cabida el deber ser normativo. La norma no explica cómo es la conducta del hombre, señala cómo debe ser. El hecho de que una norma no se cumpla en la práctica no afecta para nada su validez, ya que la validez de la norma se determina por criterios internos al propio sistema. En este sentido decimos que el sistema de normas es cerrado y se autodetermina.

Dentro de este sistema operan una serie de conceptos, que como bien señala Ross en una de sus obras,⁴⁶ no tienen referente en la realidad. La palabra crédito, por ejemplo, o la palabra propietario, son conceptos de este tipo. Si elimináramos toda esta terminología, sería necesario formular un número increíble de normas que haría muy engorroso el funcionamiento del Derecho. Veamos uno de los ejemplos que nos da Ross, a partir de una serie de hechos y una serie de consecuencias que habría que poner en contacto directo si

46. Ross, Alf, *Tu-Tu*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961, *passim*.

eliminamos la palabra propietario y que habría que cruzar entre sí, creando gran cantidad de preceptos:

- H1 Si una persona adquiere por compra una cosa (propietario)
- C1 deberá acogerse la acción para la entrega de la cosa
- H2 Si una persona hereda una cosa (propietario)
- C2 deberá acogerse eventualmente la acción por daños y perjuicios
- H3 Si una persona adquiere por legado (propietario).
- C3 deberá acogerse la acción del legatario contra la sucesión para la entrega de la cosa.

Ahora piénsese en que a H1 puede convenirle tanto C1 como C2 y así sucesivamente.

La utilización de conceptos no sólo facilita la estructuración del sistema, sino que agiliza el funcionamiento del Derecho mediante un proceso creciente de abstracción. Gil Borges⁴⁷ ejemplifica el asunto con la evolución de la transmisión de la propiedad. De una primera etapa que requería la entrega material del objeto, se pasa a una transmisión simbólica de la propiedad, para finalizar posteriormente en la realización de una operación puramente consensual. Gracias a la formulación general de las normas mediante conceptos, es posible superar el casuismo de los ordenamientos jurídicos, facilitando de alguna manera la solución de conflictos entre partes y dando un margen más amplio de seguridad jurídica.

Esta manera de ver el Derecho como un sistema de normas que se desenvuelve en un plano ideal, sin conexión con la realidad, es la que ha prevalecido tanto en la enseñanza jurídica como en la aplicación práctica del Derecho. En efecto, cuando queremos estudiar la patria potestad, por ejemplo, nos atenemos al conjunto de normas que dicen cuáles son las conductas que deben observar los padres, los hijos, etc., sin preocuparnos de por qué surge esta figura o de cómo funciona en la realidad. Podría argumentarse que en la

47. Gil Borges, Esteban, *Ideas sobre la Filosofía de la Historia del Derecho*, Tip. Cultura, Caracas, 1911, pp. 45-49.

práctica las decisiones de los jueces, o de los legisladores, o de los funcionarios de la administración, están determinadas por causas diferentes de las estrictamente normativas y que la elaboración de una sentencia o de una ley, puede obedecer a móviles políticos o de otra índole. Es cierto. Puede incluso ser del dominio público el hecho de que en algún país, determinados partidos políticos que constituyan la mayoría en el Congreso o que controlen al Poder Judicial, lleguen a acuerdos o pactos para aprobar una ley o para obtener una sentencia que consideren deseable. Pero en ambos casos se dirá que ha habido un acuerdo político, no jurídico, y los razonamientos de la sentencia no incluirán los términos del acuerdo, sino que tratarán de llegar a la conclusión deseada mediante la utilización de elementos pertenecientes al propio sistema jurídico. Es posible que se dé un caso de soborno a un juez, pero nunca veremos una sentencia que diga que por cuanto el juez ha recibido tal cantidad de dinero, declara inocente al indiciado o algo por el estilo. Todo esto revela que seguimos teniendo una visión normativa del Derecho, que lo seguimos considerando como un conjunto de normas que dicen lo que debe ser y que se desenvuelven en un plano muy diferente de lo que es, de la realidad. De hecho seguimos presumiendo que el hombre es libre, que transgrede voluntariamente los preceptos y que por tanto puede y debe ser castigado. Al Derecho no puede preocuparle la circunstancia de un porcentaje increíblemente alto de delitos comunes sea cometido por la población marginal de un país y en mucha menor proporción por las clases más altas de la sociedad, porque la existencia de factores que induzcan al delito podría vulnerar la noción de libertad y, en consecuencia, la posibilidad de castigar. Tenemos que seguir postulando que el hombre es libre, que su conducta no está causalmente determinada y que si viola los preceptos es porque quiere, haciéndose merecedor de todo el peso de la ley.

Independientemente de que consideremos al Derecho como un fenómeno social, tenemos que aceptar que su funcionamiento en la sociedad de nuestros días continúa implicando una concepción normativa del mismo.

Para tal concepción del Derecho resulta adecuado el método de estudio positivista, que se dedica a analizar las normas establecidas, sin referencia a ninguna otra instancia, que postula el prin-

cipio de plenitud hermética del ordenamiento jurídico y la necesidad de la nota de coercibilidad como esencial a la norma jurídica. Mientras no cambie la concepción del Derecho que tenemos ahora, seguirán siendo necesarios los estudios positivistas del mismo, sin desmedro, por supuesto, del interés científico de los estudios socio-lógico-jurídicos, los cuales quizás podrán influir de algún modo en la transformación del sistema social vigente.

BIBLIOGRAFIA

En esta lista se incluyen las obras consultadas para realizar el presente trabajo. Las que han sido citadas, aparecen precedidas de un asterisco (*); las que fueron objeto de análisis detallado para realizar la investigación, aparecen precedidas de dos asteriscos (**).

ABBAGNANO, Nicola: *Diccionario de Filosofía*, Fondo de Cultura Económica, México, 1966 (2ª ed.).

AFTALION, E., y otros: * *Introducción al Derecho*, La Ley, Buenos Aires, 1967.

AGUILAR, José Luis: ** *Derecho Civil - Personas*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1961.

———: ** *Contratos y Garantías - Derecho Civil IV*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1968.

ARISTÓTELES: * *Obras*, Aguilar, Madrid, 1964.

ALFONZO GUZMÁN, Rafael: ** *Estudio Analítico de la Ley del Trabajo venezolana*, Imprenta Universitaria, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1967.

AZPÚRUA AYALA, Ricardo: * *Sobre el problema actual del Derecho Natural*, Serie Cuadernos de Filosofía del Derecho, Nº 8, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1971.

———: * "Kelsen y su posición frente al positivismo y la dirección neokantiana", en *Revista de la Facultad de Derecho*, Nº 30, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1965.

BARTH, Hans: * *Verdad e Ideología*, Fondo de Cultura Económica, México, 1951.

BASTIDAS, Luis: ** *Comentarios y reparos al proyecto de Código Civil*, Editorial Bolívar, Caracas, 1939.

BOBBIO, Norberto: * *El problema del positivismo jurídico*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1965.

- BORJAS, Arminio: ***Exposición del Código de Enjuiciamiento Criminal venezolano*, Editorial Biblioamericana, Buenos Aires, 1947.
- : ***Comentarios al Código de Procedimiento Civil venezolano*, Editorial Biblioamericana, Buenos Aires, 1947 (1ª ed., 1924).
- CALVANI, Arístides: ** (Apuntes atribuidos a) *Introducción al Derecho*, Avila Ediciones y Distribuciones, Caracas, 1965.
- CÁRDENAS, Horacio: *Resonancias de la Filosofía europea en Venezuela*, Instituto de Filosofía, Facultad de Humanidades y Educación, Universidad Central de Venezuela, Caracas, s/f.
- CATHREIN, S.J., Víctor: * *Filosofía del Derecho. El Derecho Natural y el Positivo*, Editorial Reus, Madrid, 1940.
- CATTANEO, Mario A.: * "Positivismo Giuridico", en *Novissimo Digesto Italiano*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1966.
- CORTS GRAU, José: * *Curso de Derecho Natural*, Editora Nacional, Madrid, 1959.
- CHIOSSONE, Tulio: ** *Manual de Derecho Procesal Penal*, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1967.
- : ** *Manual de Derecho Penal venezolano*, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1972.
- DELGADO OCANDO, José M.: * *Lecciones de Filosofía del Derecho*, Dirección de Cultura de la Universidad del Zulia, Maracaibo, 1957.
- : *Prolegómenos para una teoría de la valoración jurídica*, Dirección de Cultura de la Universidad del Zulia, Maracaibo, 1958.
- : ** *Apuntes de Introducción al Derecho*, Universidad del Zulia, Maracaibo, 1961.
- : *Una introducción a la ética social descriptiva*, Facultad de Derecho de la Universidad del Zulia, Maracaibo, 1965.
- : * *Programa de Filosofía del Derecho actual*, Facultad de Derecho de la Universidad del Zulia, Maracaibo, 1969.
- : *Normas, lenguaje y verdad*, Serie Cuadernos de Trabajo, Nº 3, Centro de Estudios de Filosofía del Derecho, Universidad del Zulia, Maracaibo, 1973.
- : *Problemas fundamentales de metodología de la Ciencia del Derecho*, Facultad de Derecho de la Universidad del Zulia, Maracaibo, 1974.
- DEL VECCHIO, Giorgio: * *El concepto de la Naturaleza y el principio del Derecho*, hijos de Reus Editores, Madrid, 1916.

- : * *Filosofía del Derecho*, Bosch, Barcelona (España), 1964.
- DIELS-KRANZ, Comps.: * *Die fragmente der Vorsokratiker*, Grieschich und Deutsche, 7 aufl., herausgegeben von Walther Kranz, weidmannsche verlagsbuchhandlung, Berlin, 1951.
- DIÓGENES LAERCIO: * *Vidas de los filósofos más ilustres*, Espasa-Calpe, Buenos Aires, 1950.
- DOMINICI, Aníbal: ** *Comentarios al Código Civil venezolano (reformado en 1896)*, Editorial Rea, Caracas, 1962 (1ª ed. 1897).
- DU PASQUIER, Claude: * *Introducción a la Teoría General del Derecho y a la Filosofía Jurídica*, Librería Internacional del Perú, Lima, 1944.
- EGAÑA, Manuel S.: ** *Notas de Introducción al Derecho*, Editorial Criterio, Caracas, 1963.
- ELJURI, José Ramón: * *Curso de Filosofía Jurídica*, Ediciones Sursum, Caracas, 1960.
- FASSO, Guido: * "Giusnaturalismo", en *Novissimo Digesto Italiano*, ed. cit.
- FEBRES CORDERO, Julio: "El positivismo venezolano", en *Boletín de la Biblioteca Nacional*, Nos. 4 y 5, Caracas, 1959.
- FEO, Ramón: ** *Estudios sobre el Código de Procedimiento Civil venezolano*, Tipografía Gutenberg, Caracas, 1905.
- FRAILE, Guillermo: *Historia de la Filosofía*, Biblioteca de Autores Cristianos, Editorial Católica, S. A., Madrid, 1965 (2ª ed.).
- FUENMAYOR, Juan B.: * *Historia de la Filosofía del Derecho*, Artes Gráficas Art- Press Ltda., Caracas, 1971.
- GARCÍA BACCA, Juan D., Comp.: * *Fragmentos filosóficos de los presocráticos*, Ediciones del Ministerio de Educación, Caracas, 1964.
- GARCÍA MAYNEZ, Eduardo: * *Introducción al estudio del Derecho*, Editorial Porrúa, México, 1964.
- GIL BORGES, Esteban: * *Ideas sobre la Filosofía de la Historia del Derecho*, Tipografía Cultura, Caracas, 1911.
- GOLDSCHMIDT, Roberto: ** *Curso de Derecho Mercantil*, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1965.
- GROCIO, Hugo: * *Del Derecho de la Guerra y de la Paz*, Editorial Reus, Madrid, 1925.
- GUERRERO, Luis B.: *Introducción al positivismo venezolano*, Instituto de Filosofía, Facultad de Humanidades y Educación, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1955.

- HOROWITZ, Irving L.: * *Sociología científica y sociología del conocimiento*, Hachette, Buenos Aires, 1959.
- IMPALLOMENI, Giambattista: * "Pandettistica", en *Novissimo Digesto Italiano*, cit.
- JAEGER, Werner: * *Alabanza de la ley. Los orígenes de la Filosofía del Derecho y los griegos*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1953.
- KANT, Inmanuel: * *Principios metafísicos de la doctrina del Derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1968.
- KELSEN, Hans: * *Teoría Pura del Derecho*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1967.
- : * *Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1969.
- KELSEN, y otros: *Crítica del Derecho Natural*, Taurus Ediciones, S. A., Madrid, 1966.
- KOHN de B., Marisa: *Tendencias positivistas en Venezuela*, Ediciones de la Biblioteca de la Universidad Central, Caracas, 1970.
- KUMMEROW, Gert: ** *Bienes y Derechos Reales (Derecho Civil II)*, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1965.
- LÓPEZ HERRERA, Francisco: ** *Anotaciones sobre Derecho de Familia*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1970.
- LUNA, José R.: *El positivismo en la historia del pensamiento venezolano*, Editorial Arte, Caracas, 1971.
- MADURO LUYANDO, Eloy: ** *Curso de Obligaciones - Derecho Civil III*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1967.
- MANNHEIM, Karl: * *Ideología y Utopía*, Aguilar, Madrid, 1966.
- MARCANO RODRÍGUEZ, R.: ** *Apuntaciones analíticas sobre las materias fundamentales y generales del Código de Procedimiento Civil venezolano*, Editorial Bolívar, Caracas, 1941.
- MERTON, Robert: * *Teoría y Estructura Sociales*, Fondo de Cultura Económica, México, 1964.
- MONDOLFO, Rodolfo: * *El pensamiento antiguo*, Editorial Losada, Buenos Aires, 1942.
- MOUCHET, C. y ZORRAQUIN, R.: * *Introducción al Derecho*, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1962.
- NUÑO, Alicia de: *Ideas sociales del positivismo en Venezuela*, Ediciones de la Biblioteca de la Universidad Central, Caracas, 1969.

- OLASO, Luis M.: ****Introducción al Derecho**, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1969-70.
- PÉREZ PERDOMO, Rogelio: "La idea de la ciencia en la Filosofía jurídica del siglo XVII y el Derecho moderno", en *Revista de la Facultad de Derecho*, Nº 36, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1967.
- : ** El Formalismo jurídico y sus funciones económico-sociales*, tesis presentada para optar al título de Doctor en Derecho en la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1974 (multigrafiada).
- PIAGET, Jean: "La situación de las ciencias del hombre dentro del sistema de las ciencias", en PIAGET y otros, *Tendencias de la investigación en las ciencias sociales*, Alianza Editorial, Madrid, 1973.
- PIZANI, Rafael: ** La Filosofía del Derecho en Venezuela*, Lit. y Tip. Casa de Especialidades, Caracas, 1935.
- : ****Introducción al Derecho**, Librería Pensamiento Vivo, Caracas, 1956.
- PLATÓN: ** Obras Completas*, Aguilar, Madrid, 1966.
- PRECIADO HERNÁNDEZ, R.: ** Lecciones de Filosofía del Derecho*, Editorial Jus, México, 1965.
- RENGEL-ROMBERG, A.: **** Manual de Derecho Procesal Civil venezolano**, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1968.
- ROSS, Alf: ** Tû-Tû*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961.
- : ** Sobre el Derecho y la Justicia*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1963.
- SANOJO, Luis: **** Comentarios al Código de Procedimiento Judicial de Venezuela**, Imprenta de Sanojo y Escobar, Caracas, 1857.
- : **** Instituciones de Derecho Civil venezolano**, Imprenta Nacional, Caracas, 1873.
- : **** Exposición del Código de Comercio con su texto**, Editorial Rea, Caracas, 1962 (1ª ed. 1862).
- STAMMLER, Rudolf: ** La génesis del Derecho*, Espasa-Calpe, Madrid, 1936.
- TADIČ, Ljubomir: ** "Kelsen y Marx"*, en CERRONI, U., y otros, *Marx, el Derecho y el Estado*, Oikos-tau, S. A., Ediciones, Barcelona (España), 1969.
- TARELLO, Giovanni: ** "Formalismo"*, en *Novissimo Digesto Italiano*, cit.
- TOMÁS DE AQUINO, Santo: ** Suma Teológica*, Biblioteca de Autores Cristianos, Editorial Católica, S. A., Madrid, 1956.

- USLAR PIETRI, Arturo: "El despertar positivista", en *Revista de Historia de las Ideas*, N° 2, Quito, 1960.
- UZCÁTEGUI, Mariano: ** *Apuntes de Introducción al Derecho*, de las clases del profesor M. Uzcátegui, Manuales y trabajos universitarios C. A., Caracas, 1974.
- VÁSQUEZ, Eduardo: *Positivismo y Ciencia del Derecho*, Serie Cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 3, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1968.
- VERDROSS, Alfred: * *La Filosofía del Derecho del mundo occidental*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1962.
- VILLALBA, Luis: "La Filosofía en Venezuela", en *Revista del Instituto Pedagógico Nacional*, Año II, Nos. 4, 5 y 6, Caracas, 1945.
- WEBER, Max: * *Economía y Sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México, 1944.
- WOLF, Erik: *El carácter problemático y necesario de la Ciencia del Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1962.
- ZAMBRANO V., José A., y Luis E.: ** *Introducción al estudio del Derecho*, Editorial Sucre, Caracas, 1965.
- ZEA, Leopoldo: *El pensamiento latinoamericano*, Editorial Pormaca, S. A. de C. V., México, 1965.