

El presente trabajo se propone defender la indeterminación epistemológica del derecho vigente y establecer sus implicancias sociales. Defenderé las siguientes hipótesis:

(1) El derecho vigente se encuentra indeterminado. Esto es un enunciado epistemológico, que sostiene que no podemos saber cuál es el derecho actualmente vigente.

(2) El derecho es violencia más símbolo. Este es un enunciado ontológico, que afirma que el derecho vigente queda determinado por la intersección de dos factores: el primero, la capacidad efectiva de ejercer violencia o coacción; el segundo, la aptitud de que a esa coacción se le imprima el valor de lo legítimo; esto es, sea apercebida comunitariamente como válida.

La primera hipótesis significa que no hay manera de saber cuál es el derecho vigente en el presente, aunque sí se pueda saber cuál fue el derecho vigente en el pasado.

En “Libertad y restricción en la decisión judicial: una fenomenología crítica” Kennedy establece dos principios: (1) el juez no sabe a priori si será capaz de fundar en buenos argumentos la resolución judicial que quisiera dictar, pero tampoco sabe, a priori, que dicho dictamen sea imposible; (2) el juez se encuentra limitado por el tiempo y el esfuerzo.

Más allá de sus objetivos, Kennedy parece advertir algo que vale para toda concepción del Derecho. Tanto kelsenianos, como realistas y críticos deben admitir que el operador jurídico que pone en acto al derecho, que hace actuar al derecho, debe decidir no sólo qué resolución dictar (como dice Kennedy), sino algo más sustancial: debe decidir sobre la vigencia de la norma.

En otras palabras, aun si aceptáramos que el sentido de la norma es objetivo e indiscutible, y aceptáramos que los operadores jurídicos conocen todas las normas, el operador jurídico debería pronunciarse sobre la validez de la norma. Y esto es producto de una decisión. Consecuentemente, el jurista puede describir con solvencia las normas que presuntamente existen, pero no puede decidir la cuestión de su validez. Aun conociendo la totalidad de los actos legislativos (y suponiendo una interpretación certera de ellos), no tendríamos una idea determinada suficientemente del derecho vigente, pues no podemos decidir la vigencia o validez de las normas.

Es decir, los enunciados descriptivos del jurista sobre el derecho vigente sólo pueden ser cotejados y verificados en relación al pasado. Podemos decir “en X momento la norma Q estuvo vigente”. Pero no podemos decir esto con respecto al presente, lo que supone que el derecho vigente posee una indeterminación epistemológica.

Pasemos al segundo punto. Los actos de violencia de los distintos actores sociales no son, según la premisa anterior, en sí mismos legítimos o ilegítimos. Decidir esto exigiría tener un sistema normativo vigente determinado en función del cual juzgar dichas conductas. Como la vigencia o validez de la norma vive en la decisión del operador, en cada dictamen se elige y determina la legitimidad o ilegitimidad de los actos de violencia.

Estos actos son determinados como legítimos o ilegítimos en función de cierta capacidad comunicacional para imprimirles una fuerza simbólica que los valide. El acto comunicacional o la actividad generadora de símbolo puede ser, entre otras, la argumentación (basada o no en normas jurídicas).

Por su parte, si carece de facultad coactiva, la decisión del operador jurídico se vuelve una mera manifestación de voluntad.

Así, se concluye que ante un conflicto social el Derecho no es el vademécum que ofrece las justas respuestas, el oráculo que brinda la justa medida. Es, en cambio, uno de los medios en que se plasma el conflicto, campo de disputa del símbolo de la validez, e instrumento cuya administración hace emerger dicho símbolo.