

"EL HECHO DEL DERECHO"

EDUARDO A. VAZQUEZ

Profesor Adjunto Interino de Introducción al Derecho

Las producciones de dos juristas portugueses, dos suecos y un argentino integran este volumen. Una vez más podemos comprobar cómo el punto de vista desde el cual un científico enfoca cierto problema en alguna medida determina el objeto de la investigación. El hecho del derecho, común denominador de los articulistas, establece solamente una tenue li-gazón entre los ensayos que integran la obra.

No existe un desarrollo orgánico total; el mérito del conjunto se disuelve en el de sus partes integrantes. Solamente dos de los ensayos, los de Lunstedt y Olivecrona, parecen reflejar una orientación común de tipo empirista; Cabral de Moncada, Brandao y Vilanova aunque partiendo de ciertos planteos filosóficos vecinos, efectúan desarrollos y llegan a resultados totalmente divergentes.

Es posible que la intención haya sido la de compilar una pequeña antología del pensamiento alegadamente no racionalista. En tal caso, queda subsistente el interés por la calidad de los autores, aunque hubiere sido de desear que se le hubiera dado cabida en la misma a algún representante del moderno pensamiento jurídico norteamericano, por lo menos tan representativo de las modernas tendencias realistas como aquéllos, y en todo caso, con un mayor ámbito de vigencia.

Bajo el título de "Derecho Positivo y Ciencia del Derecho", L. Cabral de Moncada, profesor en la Universidad de Coimbra, publica en forma de ensayo una conferencia que, según nos informa, pronunció en 1944 en la Universidad de Lisboa.

Trata de esclarecer el problema de la naturaleza de la ciencia jurídica (para la cual prefiere el nombre latino de jurisprudencia). Al abordar el problema, se le desdobra en otros dos: uno ontológico, y del objeto de la ciencia, referente al ser del derecho positivo; otro gnoseológico, referente al particular tipo de conocimiento que ejerce el jurista y a sus métodos específicos.

La pregunta por el ser del derecho lleva a Cabral de Moncada a referirse al ser en general.

Con una concepción pluralista determina las diversas regiones de lo real (regiones ónticas). Paralelamente, postula una Gnoseología que investiga las diversas categorías y formas del pensamiento adecuadas a los diversos linajes de estas.

Señala como diversas etapas la del ser sensible (objetos reales), la del ser no sensible (objetos ideales) y la de los valores. La primera de ellas comprende los objetos del mundo inorgánico, la del mundo psíquico y,

en los lindes con la región de los objetos ideales, se constituye el mundo cultural-espiritual histórico.

Cabral de Moncada establece una distinción entre lo jurídico o derecho en general, por un lado y el derecho positivo por el otro, como objetivación o proyección de esa dirección en un determinado plano o esfera de la real. Lo jurídico en general atraviesa diversos planos de la realidad, y el derecho positivo es una sola de las dimensiones de aquél, su encarnación histórico-cultural.

Dentro de esta concepción, que el propio autor denomina "pluralista y pluridimensional" de lo jurídico, el derecho podrá ser considerado en su intersección con las diversas esferas ontológicas, a las que corresponden correlativamente distintas disciplinas teóricas cuyos métodos caen en el ámbito de la Gnosología.

Es posible pues, una ciencia, en el plano de los hechos jurídicos, del ser sensible (Orgánico-psíquico-social), si tales fenómenos son investigados solamente en atención a sus relaciones de causalidad, con el método propio de las ciencias naturales. Así, la sociología empírica del derecho, en la que los hechos son explicados en función de su causa (Tarde, Durkheim, Le Bon). Es también posible una Sociología cultural del derecho (Simmel, Weber, Scheler), que se ocupe de los sentidos espirituales; y una ciencia lógica que trabaje con las puras conexiones y formas lógicas (Kelsen, Begriffsjurisprudenz).

Sin embargo, frente a esa multiplicidad, Cabral de Moncada, continuando con la tradición científica heredada de Savigny, considera como verdadera ciencia del derecho, como única "ciencia jurídica del derecho", a la que trabaja en el plano de la cultura histórica, es decir, la ciencia del derecho positivo como derecho positiva.

Pero la ciencia del derecho trasciende a otros planos porque el menester jurídico no sólo es teórico-especulativo, sino que se halla dirigido, según el autor, a una acción del hombre sobre los hechos sociales con vista a ciertos fines y valoraciones.

La jurisprudencia cabalga pues sobre las tres dimensiones simultáneamente: la histórico-cultural que le es propia, y sobre las de los objetos ideales y del valor, por medio de sus tres operaciones fundamentales: la interpretación, la construcción-sistematización y la creación. Es decir, comprensión estimativa de sentidos, elaboración de categorías jurídicas e integración del orden normativo.

Quedan así definidos para Cabral de Moncada objeto y ciencia. Derecho positivo y jurisprudencia, "ciencia cultural, ideográfica, interpretativa espiritual, constructiva y sistematizadora, lógica y tecnológica, teórica, práctica y normativa... la verdadera y única ciencia del derecho de los juristas".

Diversas corrientes filosóficas influyen sobre el ensayo de José Brandío "Vigencia y Temporalidad del Derecho". Valiéndose del instrumental suministrado por Hegel, Nicolai Hartmann, Husserl, Heidegger y Ortega, aborda el problema de la vigencia del derecho. El título ya está definiendo su posición y anticipando sus conclusiones.

Brandão se hace cargo de la esencial historicidad del hombre. En la latitud histórica en la cual éste se encuentra, aparecen diversos aspectos culturales: jurídico, económico, religioso, cada uno de ellos con su legalidad propia. Pero frente a este amplio horizonte de posibilidades que lo reclaman como igualmente válidas, el hombre viviente y "conviviente" asume solamente algunas de ellas como actualmente integradoras de su repertorio vital efectivo. Sólo algunas de ellas son "vigentes". Vigencia es pues término de amplia acepción, que designa la particular cualidad de todas estas legalidades que orientan eficazmente a una comunidad de hombres, y que, en su conjunto, determinan el concepto de "época".

Partiendo del hecho de conciencia de nuestra ignorancia de lo que es vigencia, Brandão examina fenomenológicamente los conceptos provisionalmente obtenidos, y analiza las contradicciones surgidas (a esto último denomina *aporia*, de *aporia*, falta de camino).

La solución de la *aporia* de la temporalidad da la clave de la solución de las restantes. La norma en tanto que pensamiento es atemporal, pero adquiere temporalidad indirecta a través de su expresión en gramáticas (ley escrita), en su objetivación en una conducta social repetida (norma consuetudinaria) y en los actos de recreación. Vigencia es la manera específicamente jurídica de relacionarse el Derecho Positivo con el tiempo.

Tal la *aporia* de la temporalidad, que Brandão busca superar. Pues las normas en tanto que pensamiento sólo aparentemente son atemporales; a través de sus expresiones persisten en el tiempo y los hombres deben interpretarlas y recrearlas para hacerlas eficazmente normativas. Pero pueden destruirse los sustratos materiales y así pasar al olvido, y los hombres pueden desinterpretarlas. En cuanto a su validez, el pensamiento normativo, como cualquier otro pensamiento, es atemporal, pero el "reconocimiento de su validez", que es lo que hace a la vigencia, está contenido en la temporalidad del hombre y depende de cada época.

A partir de la temporalidad, Brandão resuelve las demás *aporias*, destruyendo lo que de aparente hay en ellas.

Llega así Brandão a las conclusiones reseñadas al principio, destacando la identidad substancial entre los términos "época" y "vigencia". La validez aparece como el modo de ser de ciertos objetos ideales, como los valores e ideas, mientras que la vigencia presenta nítida dimensión temporal por ser el nombre que el hombre da al poder vinculatorio que tienen sobre su ánimo. "La vigencia equivale a proyección de la validez en la esfera de la historia por intermedio del hombre".

La vigencia del Derecho aparece pues como un transitorio autorreconocimiento vinculatorio del espíritu, en el seno de la época en que se halla la norma. El derecho positivo, así, queda entregado al reconocimiento de la comunidad.

Es imposible en esta reseña detallar la sutil investigación hecha por Brandão. Con auténtica inquietud filosófica se tiende a la búsqueda de la verdad, siempre elusiva, con conciencia de las limitaciones propias del espíritu humano. "Filosofar no es arte mágico — nos advierte — es antes bien medio de profundizar el pensamiento". "El resultado — admite modestamente — se manifiesta con certeza hipotética". "Encender una luz en

las tinieblas de la noche no equivale ciertamente a sustituirla por el claro día, pero tampoco es quedarse a oscuras”.

“Vigencia y Validez en el Derecho (Contribución al estudio de la lógica jurídica trascendental)”, lleva por título el ensayo en que el jurista argentino José Vilanova aborda los problemas suscitados por estos términos en la sistemática kelseniana, en íntima relación con el de la norma fundamental.

No a entender a Kelsen, sino a elucidar el más profundo sentido de sus investigaciones es que se halla examinado el breve pero substancioso trabajo de Vilanova. La purificación y decantamiento de los presupuestos kelsenianos, le permiten superar así las incongruencias íntimas en el planteamiento del maestro vienés.

Frente a la concepción de la norma jurídica como puro concepto (lógica formal) y como conocimiento (lógica trascendental) existe una serena posibilidad (también de lógica trascendental): la de verse en relación con el sujeto al cual pertenece como acto. Debe tenerse en cuenta, que dada la peculiar estructura ontológica del hombre, éste va a funcionar como objeto a la vez que como sujeto.

En el ámbito de las ciencias naturales, Kant ha elucidado la estructura categorial de la conciencia pura. Esta, en tanto que sujeto del conocimiento científico, es siempre la misma. Queda así asegurada la objetividad del conocimiento científico. En el plano de lo jurídico no es posible hacer lo mismo. Kelsen descubre dos conceptos esenciales del pensar jurídico: el de imputación y el de norma fundamental. Con respecto al segundo cabe decir que, apenas salidos de la Teoría General del Derecho Positivo, para entrar al estudio de un derecho positivo, la norma fundamental in abstracto se nos convierte en norma fundamental in concreto, que es esencialmente variable de un ordenamiento jurídico a otro.

Así pues, siendo imposible una conciencia pura para el saber jurídico en particular y para el mundo de los objetos culturales, a los que pertenece, en particular, por tratarse de objetos con sentido axiológico, se impone, si en nuestro caso objetividad de conocimiento equivale a intersubjetividad trascendental, determinar la medida de esa objetividad al elucidar el sujeto.

Según Kelsen, la norma jurídica sirve como esquema de interpretación del hecho de conducta humana, suministrándonos su sentido objetivo. ¿Qué requisitos son necesarios para que este sentido sea objetivo? Vilanova nos dice: “La objetividad del conocimiento requiere que el sujeto del mismo sea la comunidad. La comunidad se conoce a sí misma a través del orden jurídico”. El concepto que la comunidad tiene predibujado sobre sí misma se encuentra en la ley o en la norma consuetudinaria.

Para Kelsen, una norma es tal en tanto que derive su validez de la norma fundamental de cualquier ordenamiento jurídico. Para Vilanova, del ser acto de la Comunidad. La norma fundamental in abstracto “obedece al legislador originario” se concretiza apenas pasamos a un ordenamiento positivo, porque allí tendremos que hacernos cargo, neci-

variamente, del sujeto de dicha norma. Kelsen, a pesar de la escrupulosa separación de Validez y Vigencia, se ve obligado a hacer depender, de una manera poco clara, la validez de un mínimo de vigencia. Pero el dato inmediato es la comprensión de pertenecer a una comunidad. La norma fundamental en concreto depende en último término de la comprensión del sujeto de pertenecer a una comunidad. Esta comprensión preontológica, en la que estamos inmersos, antecede al conocimiento normativo. Este es el verdadero y primitivo concepto de "vigencia", en su sentido primario, entendida como realidad social, como coexistencia en cuya comprensión previa estamos originariamente.

Solamente con posterioridad se plantea el problema de la validez, ya que toda vigencia es en principio válida, cuando algún acto concreto que pretende ser atribuido a la comunidad sea cuestionado.

Para comprobar la objetividad de un juicio, debemos remontar la pirámide jurídica hasta la norma fundamental, donde se nos aparece la totalidad de la comprensión normativa de la comunidad sobre sí misma. Sólo después de esta experiencia, fundada en la comprensión originaria preontológica del vivir en comunidad, se puede iniciar el descenso, ya ahora en el puro plano lógico formal de la validez.

La lógica jurídica, por otra parte, es lógica de individualización, ya que la comunidad debe terminarse por reconocerse a sí misma en cada uno de sus miembros, a partir de los esquemas más generales de la constitución hasta las normas individuales.

Vilanova utiliza el término "vigencia" en un sentido primario, más profundo y originario que el usual, y que le permite superar la aparente contradicción dialéctica entre validez y vigencia.

En los ensayos de los juristas suecos Vilhelm Lundstedt y Karl Olivecrona, se perfila nítidamente una corriente de tipo sociologista empírica. Ambos abogan por el estudio de las realidades sociales que subyacen al fenómeno jurídico normativo. Partiendo de una crítica al pensamiento jurídico imperante, llegan a concebir la ciencia del derecho como una disciplina causal explicativa de tipo naturalista, a la cual incumbe la esolificación de los hechos de la efectiva convivencia comunitaria. Es posible advertir, sobre todo en Lundstedt, por encima del interés meramente empírico, un propósito práctico de acción social, en cuanto al estudio y mejoramiento de la legislación.

Este último, en su ensayo "El Derecho y la Justicia: Una Crítica al Empleo Metódico de la Valoración de Justicia" niega la existencia de un derecho material (el derecho objetivo) que establezca facultades y deberes. "No existe — dice — un deber ser objetivo y, en consecuencia, tampoco se da un derecho subjetivo, es decir, preceptos jurídicos".

Por el contrario, emprende la investigación de las realidades que se encuentran ocultas por detrás de esta por él llamada ideología, tomando como ejemplos la responsabilidad penal por culpa y el derecho de propiedad.

Postula una ciencia jurídica que parte de las conexiones causales dadas en el tiempo y en el espacio, que se deje conducir por los mismos principios que las ciencias naturales.

Paralelamente ha de desenvolverse, en el sentir de Lunstedt, una disciplina práctica, para la cual reserva el vocablo sueco de "juridisk" o jurisprudencia constructiva, que abarque, de manera amplia, los problemas relacionados con la incidencia de la acción legislativa sobre el medio social a que está destinada, en función del mayor beneficio colectivo.

Queda así definida la posición de Lunstedt en la búsqueda de una ciencia del derecho empírica, que abra las puertas a una técnica jurídica examinada al bienestar social.

Olivecrona ("El Hecho del Derecho") arremete también con las investigaciones tradicionales que han buscado inútilmente los fundamentos de la obligatoriedad del derecho. Para este autor también el derecho es un conjunto de hechos sociales, determinados causalmente, con lo cual el problema queda superado.

Para el jurista sueco, el concepto de "deber ser" se resuelve en una conexión psicológica entre la idea de una acción, una expresión imperativa (despersonalizada o independiente) y un sentimiento de obediencia. Las normas son así esquemas ejemplificativos de conducta (*patterns of behaviour*) a que se asocia un "tener que" o un "deber ser", y cuya pertinencia se asegura por uniformidades de motivación.

Con este instrumental, Olivecrona investiga algunas instituciones concretas, como las normas jurídicas referentes al homicidio, al matrimonio y a la idea del derecho subjetivo. Las sentencias judiciales son también para él imperativos independientes análogos a la ley.

En suma, también Olivecrona examina su concepción, dejando de lado la idea de una ciencia jurídica "normativa", hacia una disciplina que explique los fenómenos jurídicos en sus conexiones causales, con el método propio de las ciencias naturales.