

El papel de los hechos en la Ciencia del Derecho

Por
Diana Cañal*

I) Positivismos, egología y marxismo

¿Podríamos converger los aquí presentes en algún punto, ante la pregunta de cuál es el objeto de estudio de la ciencia del derecho?

Pues el derecho mismo, por cierto, ¿pero en qué consiste? Kelsen nos responde que está constituido por las *normas jurídicas* y también la conducta humana, pero sólo en la medida en que está determinada en las normas jurídicas como condición o como efecto: *la conducta humana como contenido de las normas jurídicas*¹.

El legalismo, por su parte, nos habla de norma, hecho y valor, donde la conducta hace su aparición en cada uno de los conceptos: expresada en el orden jurídico como relevante, en el comportamiento mismo y en el plano axiológico que implica la elección de un curso de acción.

A su vez, la *teoría egológica* dice que el objeto de la ciencia del derecho es la conducta humana. Así, la conducta es el verdadero objeto del conoci-

to jurídico, en tanto que la norma no es sino un concepto apto para mentar la conducta; pero el concepto (la norma) integra, sin embargo, la propia conducta que menciona. "Esto unido a la consideración de la sentencia judicial como el fenómeno jurídico por antonomasia, lleva a Cossio a sostener que la egología permite el asentamiento de la ciencia del derecho como una ciencia de la experiencia (aunque de experiencia cultural, no natural)"².

Para alguna corriente del **marxismo**, por su parte, el objeto de la ciencia del derecho refleja la superestructura de las relaciones económicas.

Hart con su **realismo** nos dirá que al derecho no lo componen sólo las "órdenes generales respaldadas por amenazas dadas por alguien que generalmente es obedecido, sino una fusión de distintos tipos de reglas"³.

Podríamos afirmar entonces que al menos entre estas cosmovisiones hay un acuerdo de que **el conjunto de reglas** es un elemento definitorio del ob-

* Miembro y directora del Grupo Spes.

¹ Kelsen, Hans. "Teoría Pura del Derecho". Porrúa- México- 1993- pág.83.

² Aienza, Manuel. "La filosofía del derecho argentina actual". Depalma.1984, pág.35.

³ Hart, Herbert. "El concepto de Derecho". Abeledo Perrot, 1977, pág.61.

jeto derecho y que las conductas, de un modo u otro, quedan comprendidas en el fenómeno. Lo interesante es saber cómo.

II) El sistema jurídico en un análisis paralelo de Kelsen y Hart

Podríamos decir que ambos autores convocan una serie de elementos convergentes y otros supuestamente divergentes. Veamos.

A) Elementos similares:

1) La cadena de validez:

a) Kelsen: concibe al derecho como un orden normativo, como un sistema de normas regulador de la conducta humana —es un orden coactivo— “Atento el carácter dinámico del derecho, la norma vale en tanto y en la medida en que ha sido producida en la forma determinada por otra norma; esta última configura el fundamento de validez de la primera... El orden jurídico no es un sistema de normas de derecho situadas en un mismo plano, ordenadas equivalentemente, sino una construcción escalonada de diversos estratos de normas jurídicas” (bastardillado nos pertenece). Su unidad está configurada por la relación resultante de que la validez de una norma, producida conforme a otra, reposa en esa otra norma, cuya producción a su vez está determinada por otra...⁴: constitución, legislación y costumbre, ley, ordenanza reglamentaria (derecho sustantivo y formal) y sentencias.

b) Hart: “Una característica distintiva del derecho, sino la característica distintiva del mismo, consiste en la fusión de tipos diferentes de reglas”⁵.

Coincidencia: en uno y en otro sistema, las normas dependen unas de otras en una cadena (pirámide) de validez.

2) Norma suprema:

a) Kelsen: El fundamento de validez de una norma sólo puede encontrarse en la validez de otra norma.... superior.... la norma fundante básica es la fuente común de validez de todas las normas pertenecientes a uno y en el mismo orden”⁶.

b) Hart: “La regla de reconocimiento que suministra los criterios para determinar la validez de otras reglas del sistema es en un sentido importante.... una regla última”⁷.

Coincidencia: en el extremo superior de la cadena (pirámide) reina una norma suprema que se apoya en la eficacia del orden normativo, que rara vez se expresa, pero que siempre se usa en los enunciados jurídicos internos.

B) Elementos pseudo-diferentes

1) Tratamiento de las facultades y potestades:

a) Kelsen: “El enunciado jurídico que describe el derecho aparece entonces como el enunciado que afirma que ba-

⁴ lb. 1, pág. 232

⁵ lb. 3, pág. 61.

⁶ lb. 1, pág. 201, 202.

⁷ lb. 3, pág. 132.

jo determinadas condiciones —es decir, condiciones determinadas por el orden jurídico— debe efectuarse determinado acto coactivo”⁸, admitiendo junto a la sanción penal, la civil (como la ejecución forzosa de bienes). Las facultades y potestades aparecerían como fragmentos de normas coactivas, provocando nuevos hechos.

b) Hart: Las reglas primarias (de obligación), semejantes a las penales, no son suficientes en una comunidad que no sea pequeña, unida por lazos de parentesco, sentimiento común y creencias. Son necesarias reglas secundarias (de cambio y de adjudicación) que son las que confieren facultades y potestades⁹.

Pseudo-diferencias: El concepto de las facultades o potestades no se encontraba ausente en Kelsen, estaba constituido por fragmentos de las normas coactivas. Lo único que hace Hart es separarlos, otorgándoles entidad propia.

2) Naturaleza de la norma suprema.

a) Kelsen: La norma fundamental “ tiene que ser presupuesta, dado que no puede ser impuesta por una autoridad cuya competencia tendría que basarse en una norma aún superior. Su validez no puede derivarse de una norma superior, ni puede volver a cuestionarse el fundamento de su va-

lidez”¹⁰.

La base del sistema sería un presupuesto abstracto, un presupuesto lógico trascendental.

b) Hart: “El uso, por los jueces y por otros, de reglas de reconocimiento no expresadas, para identificar reglas particulares del sistema, es característico del punto de vista interno”¹¹.

La base del sistema es un hecho verificable.

Pseudo-diferencias: La *presuposición* de Kelsen tiene lugar ante la presencia de un “hecho político” y el *hecho* de Hart es una *presuposición* ante el análisis de cada norma en particular. La *adopción* por los súbditos, juristas y funcionarios de cierto punto de vista interno vinculado con determinados criterios de reconocimiento, ¿no equivale en la práctica a la *adopción* del presupuesto epistemológico kelseniano?¹²

1) Tratamiento de la validez y la eficacia

a) Kelsen: Para el mismo existe un silogismo fundante de la validez de un orden jurídico y es el que en su premisa mayor contiene la siguiente fórmula: “Uno debe comportarse de acuerdo con la constitución fácticamente establecida y eficaz”, su premisa menor dice: “La constitución X fue efectivamente establecida y es eficaz”, lo que deriva en la siguiente conclusión: “De-

⁸ Ib.1, pág.123

⁹ Ib.3, pág.121.

¹⁰ Ib.1, pág.202.

¹¹ Ib.3, pág.128.

¹² Guibourg, Ricardo. “Hart y la Escuela analítica inglesa”. Anuario de filosofía jurídica y social. Bs-As.1981. pág.103.

bes comportarte conforme con el orden jurídico X”¹³.

Este silogismo es fundante de la validez de un orden jurídico, y las normas del mismo valen porque fue presupuesta la validez de la norma fundante porque sea eficaz, mas únicamente tendrá validez si es eficaz.

La eficacia es una cuestión de grados, el orden jurídico es considerado válido cuando sus normas en términos generales y a grandes rasgos son eficaces.

La ineficacia prolongada de una norma particular provoca su invalidez por desuso y la eficacia de todo el sistema jurídico determina la validez de su norma fundamental.

b) Hart: una regla es válida cuando satisface todos los requisitos establecidos por la regla de reconocimiento y por lo tanto es una regla del sistema.

Luego, no es lo mismo la ineficacia de una regla particular que puede afectar o no su validez y la inobservancia general de las reglas del sistema. Así “si se comprende este uso de una regla de reconocimiento aceptada al formular enunciados internos, y se lo distingue cuidadosamente de un enunciado fáctico externo que afirma que esa regla es aceptada, desaparecen muchas oscuridades referentes a la noción de va-

lidez jurídica”¹⁴. Se puede decir que “una persona que hace un enunciado interno referente a la validez de una regla particular de un sistema presupone la verdad del enunciado fáctico externo de que el sistema es generalmente eficaz”¹⁵.

Carece de sentido preguntarse por la validez de la regla de reconocimiento, y la regla del desuso no es sino uno de los criterios contingentemente presentes en la misma regla de reconocimiento.

Pseudo-diferencias: disienten en el valor conceptual de ambos elementos, sin embargo, ante una situación política real es para Kelsen necesario presuponer la validez del sistema normativo que le sirve de estructura ideal a fin de comprender normativamente la situación. Mas Hart admite que la unidad sistemática de un sistema jurídico depende de la regla de reconocimiento, y esta a su vez de la eficacia del sistema y el uso de la regla, desde el punto de vista interno, presupone aquella misma eficacia¹⁶.

Por lo tanto, ante la pregunta de si la regla de reconocimiento es una regla conceptual o de conducta¹⁷ las respuestas son variadas, a saber:

Raz: *la regla de reconocimiento tiene la forma lógica de una orden dirigida a los jueces que implica la identifica -*

¹³ Ib.1, pág.223.

¹⁴ Ib.3, pág.128.

¹⁵ Ib.3, pág.130.

¹⁶ Ib.12, pag.103.

¹⁷ Bulygin, Eugenio. “Derecho, filosofía y lenguaje”. Doxa 767.

ción de la norma y también la obligación de aplicar y usar la norma identificada, con lo cual, la regla de reconocimiento es conceptual (definitoria) y normativa (impone una obligación).

Nino: *¿quién es entonces el Juez?, y responde: el que de hecho puede determinar el ejercicio del monopolio coactivo estatal en casos particulares (Bulygin lo critica porque intenta explicar un fenómeno normativo en términos fácticos, lo que llevaría a su vez a definir al estado mismo de ese modo).*

Ruiz Manero: *diría lo mismo, mas con el agregado de que el juez tiene deberes y poderes (nuevamente recae la crítica de Bulygin, puesto que se olvidaría que existen normas jurídicas que regulan el status normativo de los jueces, de modo que el círculo no se rompe nunca).*

Bulygin: *la regla de reconocimiento sólo es conceptual. Puede ser utilizada correcta o incorrectamente, pero no obedecida o desobedecida, puesto que es sólo conceptual.*

III) El problema de los hechos

Fruto de los dos paralelos que realizamos en los puntos I y II, entre el positivismo, la egología y el marxismo por un lado, y dentro del propio positivismo por el otro, vimos cómo el problema de la "realidad" se filtra constantemente.

En el primer análisis las conductas humanas no pueden ser ignoradas ya sea como el núcleo central del derecho y de la ciencia que sobre el mismo se funda, o bien como el factor

determinante de las relaciones económicas, o como un derivado de la norma jurídica, donde la conducta y el sujeto sólo se constituyen una vez que la norma es creada. Pero ya sea como un elemento previo o como una consecuencia, en todas las hipótesis las conductas (los hechos) son integrativas del análisis.

De todas estas corrientes, precisamente por su contenido formal y por contemplar a la conducta "relevante" más como un derivado que como un factor determinante, es la corriente analítica la que presenta de manera más evidente el problema de relegar el análisis de los hechos.

Esto quedó en evidencia ante el estudio paralelo de Kelsen y Hart, al ver cómo las formulaciones del primero encuentran un nuevo análisis en el segundo, pero mientras Kelsen hace más pie en la validez (no por completo, puesto que en la propia Teoría Pura y mucho más en la Teoría General del Derecho y del Estado, es el propio autor el que revaloriza la función de los hechos en su teoría) el segundo se afina en la eficacia.

Repensemos el planteo: ¿es posible cualquier cadena de validez si no existe un poder constituido por base que sea efectivamente obedecido?, ¿es posible una sentencia judicial como derecho particular que no logra ser ejecutada?, ¿en uno y en otro caso, estaríamos dispuestos a hablar de normas jurídicas?

Pues, no estamos tan seguros. Desde

un plano absolutamente ideal es razonable admitir que no todas las conductas (por ende, no todos los hechos), son objeto del derecho y que esto sólo lo conocemos una vez que se ha producido el acto legislativo. ¿Pero cuándo estamos ante un acto de tal entidad?, ¿cuándo le ha sido otorgada, por quién?, digamos que por el poder constituido. ¿Y quién lo constituyó?, pues no es más que una consecuencia del juego del poder.

Esto le haría decir a la escuela crítica que el derecho es sólo eso, o nada menos que eso. Y aquí se ve claro que hay una dificultad en el recorte epistemológico de nuestro objeto de estudio: dependerá de nuestra finalidad cuáles elementos tomemos en cuenta, lo que no nos habilita a sostener que los demás no lo constituyen, pero sí que no nos interesan.

Por lo tanto, un análisis puramente lógico del derecho en su aspecto estático, tanto en el nivel macro cuanto en el micro (es decir, partiendo de la NF hasta llegar a la base de la pirámide, o analizando la norma particular, el p q) es posible en completa omisión de todo hecho efectivamente acaecido. Porque sólo se controla una cadena de validez.

Si por el contrario, tanto en un nivel macro cuanto en uno micro, lo que buscamos realizar es un análisis dinámico (en el primer caso, la génesis del derecho mismo presupone la consideración de la NF "como un hecho"; en el segundo, el proceso judicial no tiene

lugar si en el mundo "real" no se produjo un hecho que, una vez dictada la sentencia, será determinado como relevante para el derecho o no que, a su vez, podrá provocar si es eficaz nuevamente consecuencias en el mundo "real"), es completamente necesario contar a los hechos como un bagaje sustancial.

IV) La sentencia judicial.

Un poco en respuesta al pedido de nuestros amigos de Azul y otro poco porque este aspecto del derecho siempre nos apasionó (¿por qué será?), es que resultamos los *specímenes* un tanto reacios a entusiasrnos sólo con los análisis estáticos. Por cierto que tienen una gran utilidad pedagógica, sirven para ubicarnos en el tema sometido a análisis con completa claridad, precisamente por su vocación modalizadora. Pero una vez superada esta etapa nos quedamos insatifechos.

Los modelos, precisamente por serlo, resultan mucho más pobres que la realidad e implican necesariamente haber escogido aspectos de la misma. En nuestro caso nos interesa uno que logre dar cuenta de ese caldero, de ese magma que es la aplicación del derecho y por lo tanto, una de sus aristas más interesantes, las interpretaciones.

Porque como bien dice Hart (lo que anotáramos supra) "si se comprende el uso de la regla de reconocimiento aceptada al formular enunciados internos y se lo distingue del enunciado fáctico externo, desaparecen muchas oscuridades referentes a la noción de

validez jurídica”¹⁸. Alguna vez sostuvimos, siguiendo y ampliando esta idea, que el análisis no es idéntico si estamos ante un sistema jurídico instaurado o si el mismo se encuentra en sus albores. Si se da este último caso “por más que los tribunales se resistan a aplicar la directivas del nuevo orden, si la población se “siente obligada” por el mismo —argumento a priori— será eficaz, tanto que la orden impartida por los jueces no será ejecutada por nadie si no deriva de las reglas del nuevo sistema —argumento a posteriori. El concepto de “obligatoriedad” del juez se independiza de sus creencias acerca del nuevo orden —de hecho, puede no sentirse compelido por sus reglas y aplicarlas de todas formas— y deja de ser coextensivo del de validez para confundirse con el de eficacia. En cambio, para un sistema que lleva un tiempo prolongado, del reconocimiento que hagan los jueces de la vigencia de las normas dependerá en mucho la actitud de los ciudadanos para con ellas. Es en este punto donde el fiel se acerca más a la validez que, como un sello de pertenencia, santifica la norma cuando es empleada por el juez como fundamento de sus decisiones”¹⁹.

Como vemos, en la construcción del *punto de vista interno* del Juez resulta un factor fundamental el *punto de vista externo* de los demás, tanto de los ciudadanos cuanto de los propios jueces. Pero, aún cuando nos ubiquemos en la oportunidad menos comprometi-

da para el Juez, que es la del sistema jurídico que lleva un tiempo instaurado (porque en la otra, fácil es advertir su perplejidad cuando a la mañana siguiente del golpe de estado no sabe cuál sistema normativo seguir porque, de lo que haga, tal vez dependa que siga siendo juez... **si es que todavía lo es**), no hemos superado el conflicto de la interpretación que corresponde hacer de esa norma indudablemente válida.

Un ejemplo claro lo constituye el tema del decreto 430/00. Porque lo primero que se pone en tela de juicio es su validez y esto, a la luz de una de las interpretaciones, es fácil de dilucidar porque el PEN habría excedido las facultades otorgadas por el artículo 99, inciso 3 de la CN (no así si se considera la hipótesis encuadrada en las previsiones del inciso primero). De tal suerte, no habría contenido alguno que discutir porque la norma no resultaría válida.

De adoptarse la otra postura, la norma sería un decreto de necesidad urgencia que el PEN estaría autorizado a dictar, de modo que superada esta instancia correspondería contemplarla como una norma aplicable al caso. A partir de ese momento corresponde analizar el contenido, y se conjugan las distintas posibles interpretaciones: ¿qué se entiende por *necesidad y urgencia?*, obviamente, al decir de Genaro Carrió²⁰ estamos ante una falen-

¹⁸ Ib.3, pág. 128.

¹⁹ Cañal, Diana. “La vigencia: una cuestión de eficacia”. Encuentro de Vaquerías, 1998. Spes nro.8, 11 de abril del 99.

²⁰ Carrió, Genaro. “Notas sobre el derecho y el lenguaje”. Bs.As.,1968.

cia del lenguaje natural: su textura abierta.

Pues bien, el Juez puede echar mano de los criterios de la Corte, el problema es cuál. Porque ciertamente van variando con el color político del momento y la fuerza de la minoría de turno. Si sigue la opinión de la "actual", garantiza la "eficacia" de su decisión, puesto que conociendo el punto de vista de los jueces de la última instancia, al compartirlo evitará su caída. Si por el contrario opta por contrariarlo y si ningún avatar judicial de tipo procesal se interpone (para el caso de que se lo respete...), no podríamos considerar que ha logrado conformar genuinamente derecho, puesto que su sentencia habrá de ser revocada o sencillamente nulificada.

Esto nos demuestra que el problema de decir cuál es el derecho vigente, así como cuál es la interpretación "correcta" son cuestiones de hecho, donde el juez —si quiere conservar su puesto en el primer caso, o "salvar" su sentencia en el segundo— debe seguirse del punto de vista externo, es decir, en definitiva de la eficacia.

¿Cuál es el valor de una sentencia contraria a la interpretación vigente, de qué sirve dictarla?, ciertamente para **construir** el derecho vigente, como un punto de *vista interno* que sirve para

conformar *el externo* de los legisladores. ¿Cuántas veces han sido los jueces con sus sentencias fallidas los que lograron maravillosos cambios en la legislación, como es el caso de la culpa in vigilando de los jueces franceses en las Galerías Lafayette, o entre nosotros el valor del caso Ekmedjian?

• (Extracto del debate producido en la Universidad Nacional del Centro, publicado en la Revista Spes Nro.14).

Dra. Diana Cañal

Juez Nacional del Trabajo

Profesora Titular de Derecho del Trabajo en UCES.

Profesora Titular de Derecho del Trabajo Profundizado en UCES.

Profesora Titular de Filosofía en UCES. Profesora Adjunta de Teoría Gral. y Filosofía del Derecho en UBA.

Profesora del Posgrado de Derecho del Trabajo en la Universidad Nacional del Litoral.

Directora y coordinadora del Grupo de Filosofía *Spes* y de su seminario permanente.

Directora y coordinadora del Grupo de Derecho Laboral *Debates y Propuestas Laborales* y de su seminario permanente.

Directora de la Revista Jurídica *Spes* publicada por el Depto. de Publicaciones de UBA.

Publicista y conferencista.