

VIGENCIA Y VALIDEZ EN EL DERECHO

(CONTRIBUCION AL ESTUDIO DE LA LOGICA JURIDICA
TRASCENDENTAL)

1º *Una tercera consideración de la norma jurídica*

La norma jurídica, concepto específico del objeto derecho, según enseña la Teoría Ecológica en un enunciado incontrovertible, ha sido estudiada por Kelsen en su ser concepto, en su estructura lógica. La Teoría Ecológica ha llevado a cabo el estudio de una segunda consideración posible del concepto que la norma es: la norma-concepto como conocimiento de su objeto propio, la conducta en interferencia intersubjetiva. Investigación que ha denominado de Lógica Trascendental siguiendo las autorizadas vías del lenguaje kantiano. Ahora bien, la esencia misma de lo que es un concepto —acto significativo por el que se mienta algo (el objeto) sin que éste esté de presencia a la conciencia—, nos hace ver que el concepto es susceptible aún de una tercera consideración: la del sujeto mismo del concepto. La del sujeto cuyo es el acto que el concepto es.

Esta nueva consideración está ya planteada, y como de Lógica Trascendental, por la Teoría Ecológica, aunque no suficientemente profundizada ni menos desarrollada en el sentido que se le dará en este trabajo.

2º *Ésta sería de Lógica Trascendental*

De modo que a más de la consideración del concepto por aparte del acto gnoseológico, que lleva a cabo la Lógica Formal,

y aparte de la consideración del mismo acto en su relación con su objeto, tendríamos su consideración como acto de alguien, en relación con su sujeto. Este estudio formaría un capítulo de la Lógica Trascendental a iguales títulos que aquél que considera al concepto en relación a su objeto. De modo que definir la Lógica Trascendental como lo “relativo al objeto” del concepto, resulta estrecho y es menester ampliarlo a “en función de conocimiento”. Esto es lo que enseña la Teoría Ego-lógica, como queda dicho más arriba, y esto es también lo que surge de la lectura de Kant y de la reflexión sobre los hechos.

Sin embargo, conviene advertir acá algo de suma importancia, cuyas consecuencias a los fines de este trabajo sólo podrán ser apreciadas al terminar el mismo. Y es esto: que dada la peculiar índole del objeto (el hombre), éste funciona como sujeto a la vez que como objeto de ese conocimiento. Como sujeto a la vez que como objeto de ese concepto.

3º *La consideración no es superflua como podría parecer en la ciencia natural*

Quizá se piense que esta consideración es superflua. Al pensar de esta manera se tiene en cuenta sin duda el conocimiento científico-natural, donde parece que nadie hubiese sentido la falta de una investigación semejante. Ya queda adelantada la opinión de que dicha investigación ha quedado envuelta en la de Kant; pero por si no se compartiese este modo de ver, valgan las siguientes consideraciones:

La “objetividad” del conocimiento científico-natural, viene asegurada por el carácter de estructuras necesarias de la Conciencia, de toda conciencia, que tienen las categorías, o mejor aún, los “a-priori” kantianos. Esto se hace palmario si se comparte la idea de que la “objetividad” es la intersubjetividad trascendental. La investigación acerca del sujeto del conocimiento se hace entonces superflua pues siempre es el mismo: la Conciencia Pura. Quienquiera que sea quien conozca en acto, es siempre la Conciencia Pura la que conoce en

esencia. Y esto por definición, pues la Conciencia Pura no es otra cosa que la abstracción de los elementos esenciales de la conciencia cognoscitiva, abstraída a su vez del torrente proteico que es la conciencia real. Y Kant fué a buscar la conciencia cognoscitiva allí donde se había objetivado: en la ciencia, que en su caso fué la física. Esto para las ciencias y los objetos naturales. Pero ¿valen también estas verdades para el Derecho?, ¿valen para los objetos culturales en general? A esbozar las respuestas de estas dos preguntas dedicaremos dos párrafos sucesivos pues su respuesta es previa al resto del trabajo.

4º *¿Es posible lograr una Conciencia Pura del saber jurídico?*

Hemos dicho que Kant fué a buscar la Conciencia cognoscitiva en la ciencia ya constituida. Es decir que se preguntó por el pensar del científico en tanto que tal. Esta sola afirmación, aceptada unánimemente, basta para invalidar el pretendido “kantismo” de Stammler, quien, después de comenzar definiendo al Derecho (recordemos al paso que una definición semejante de la Naturaleza no pasó por la imaginación de Kant, que hacía verdadero kantismo) pretendió luego deducir de los elementos de su definición pretendidamente apriorística y sin abono alguno, los conceptos puros del Derecho.

La misma afirmación, nos hará ver que quien en verdad, si bien en forma parcial, llevó a cabo la tarea, fué Kelsen. El fué, en efecto, quien se ocupó del pensar del jurista en tanto que tal; del pensar jurídico. Descubrió el deber ser como cópula propia del juicio jurídico y, en su consideración trascendental, la “*imputación*”, verdadera categoría de lo jurídico, que, a semejanza de la causalidad en el campo de la ciencia natural, es la forma de conceptualizar el dato de los hechos brutos (de “*configurar*” las intuiciones) (1).

(1) Quizá sea ésta la oportunidad de aclarar algunas cosas sobre Kelsen y la Lógica Formal y Trascendental que no deben traer dificultades. Kelsen descubre la cópula “*deber ser*” como propia del pensar

El otro elemento kalseniano que conviene destacar a nuestros fines, es la estructura de la pirámide jurídica pendiente de su norma fundamental, donde Kelsen rebasa nuevamente los límites de la Lógica Formal. Pero ésta será precisamente y en especial, la finalidad de nuestro trabajo, por lo que quedará en suspenso por ahora. Destaquemos tan sólo que todas y cada una de las normas (cuyo ser normas está dado por su estructura imputativa de deber ser) son normas de un ordenamiento jurídico, gracias a la unidad del mismo dada por la norma fundamental. Y Kelsen se ocupa del derecho positivo, vale decir necesariamente considerado en algún ordenamiento jurídico positivo.

De todos modos, Kelsen no ha pretendido dar un cuadro definitivo de categorías al estilo de Kant. Simplemente ha procedido por hallazgos y nos da dos posibilidades, ambas simultáneamente válidas: 1º) ampliar el número de sus hallazgos; 2º) tematizar al propio Kelsen y ahondar la investigación de lo que signifique en verdad ese "pertener a un ordenamiento jurídico" de una norma que se logra merced a la norma fundamental.

Que Kelsen no haya llegado a darnos la Conciencia Pura del pensar jurídico, no sería sin embargo suficiente motivo para descartar la posibilidad de hacerlo. Pero siempre sería menester que la conciencia con que se va a conocer el dato fuese invariable. Ahora bien; la fórmula misma de la norma fundamental nos hace ver que sólo es invariable cuando se hace

jurídico (nosotros diremos, con la necesaria amplitud, del pensar el objeto conducta). Desde este momento, la cópula "ser" que venía siendo usada milenariamente para ejemplificar en lógica formal, se ha hecho peligrosa, pues encierra la trascendentalidad de referirse al "ente" como su objeto propio y no a la libertad. Si ahora se quiere hablar de Lógica Formal en el mismo sentido que antes, convendría tomar algún signo que, sin perder el sentido de acto-ligamen de la cópula (que se da tanto en "ser" como en "deber ser", no comprometiese la neutralidad en cuanto a que sea su objeto el ente o la libertad.

Resumiendo:

LÓGICA FORMAL	1º TRASCENDENTALIDAD	LÓGICA TRASCENDENTAL	P. D.
S → P	S es P. . . .	ENTE	Categorías del ente
	S debe ser P. .	LIBERTAD	Categorías de la libertad

Teoría General del Derecho, pero que no lo es ni lo puede ser cuando el jurista positivo va a concebir un dato de su derecho positivo, que es lo que aquí nos interesa. Al jurista le interesa, p. ej. concebir como lícito o ilícito un dato, y para ello se ve obligado a verlo como perteneciente a un orden jurídico determinado y no a un orden jurídico cualquiera. Esta norma fundamental inconcreto que aquí nos interesa, sea ella lo que sea, es eminentemente variable: una diferente para cada orden jurídico.

5º *¿Es posible la Conciencia Pura de los objetos culturales en general?*

En cuanto a esta pregunta que nos sirve de acápites, y sin entrar en mayores análisis, baste pensar en el papel que juega el valor en la constitución del objeto cultural. Y aunque no se trata aquí del problema de la "objetividad" o "subjetividad" de los valores, y menos para pronunciarse en contra de la primera, sino simplemente de darle su verdadero valor; no cabe duda alguna de que no gozan de la fijeza de los conceptos puros kantianos. Y por más que se pretenda "historicizar" las categorías con un historicismo *à outrance*, o por más que se trate de "absolutizar" los valores, siempre quedará el hecho incontrovertible, patente al sentido común, de la tenacidad de las unas y de la relativamente rápida mutación histórica de los otros. Este hecho es de tal fuerza que apenas se concibe un estudio cultural de objetos que no sean de nuestra inmediata actualidad, sin que vaya precedido de una introducción histórica que trate de "ponernos en ambiente", vale decir, de comunicarnos de alguna manera esa conciencia que es la condición de posibilidad de ése como objeto cultural.

De modo que resumiendo, tenemos: no es posible la investigación de una "Conciencia Pura" de lo cultural si con ello pretende lograrse una fijeza permanente. A lo más pueden esbozarse ciertos "tipos" históricos de conciencia, v. gr.: Clasicismo, Romanticismo, etc.

Volviendo ahora a la objetividad como intersubjetividad trascendental, y con especial referencia a la cultura, se hace comprensible que en este campo una investigación sobre el sujeto, del cual el concepto es acto, se hace necesaria para “*medir*” esa “Objetividad”. Y se hace necesaria en una manera que no ocurre en las ciencias naturales, donde la fijeza de las categorías kantianas, como estructuras necesarias de la conciencia cognoscitiva, ahorra el camino a recorrer por dicha investigación (2).

Por fin para abonar la necesidad de esta indagación tén-gase presente que la objetividad no es algo que se le agregue al conocimiento, al menos al conocimiento científico, sino que es constitutiva del mismo.

6º “Sentido Objetivo” y “Sentido Subjetivo” en la Teoría Pura del Derecho

Kelsen, ya en las primeras páginas de su “Teoría Pura del Derecho”, nos plantea el problema:

“Si se analiza cualquiera de los estados de cosas tenidos

(2) Cuando se es poseedor originario de una verdad o de un valor (se acaba p. ej. de producir una obra artística o de ahondar una investigación), aparece este problema de la objetividad como una particular “ansia de comunicación”. Yo mismo p. ej., creyendo que este trabajo encierra una verdad que no sólo es tal para mí sino que debe valer también para los demás (en esto consiste la intersubjetividad trascendental) no me conformo con esto; quiero “actualizar” esa intersubjetividad, hacerla efectiva. Ahora bien; este sujeto para quien “también tiene que valer” lo que para mí vale, hacia quien se dirige el “ansia de comunicación” que trata de hacer efectivo ese acuerdo sólo potencial, no tiene siempre las mismas dimensiones. Quizá ni aún en la ciencia natural sus dimensiones pueden considerarse absolutas; pero dejando de lado esto, sí es evidente que en lo cultural las tiene muy diferentes, muchas y acaso todas ellas muy lejanas de la “validez universal” que se pretende para la ciencia. Piénsese sin ir más lejos en el arte vernáculo en general (el autor de un tango no pretende que tenga validez en Viena), en las diferencias entre Oriente y Occidente y en las diversas épocas históricas.

En lo que atañe al Derecho, si bien pueden existir semejanzas entre regímenes diversos, sostenemos que el sujeto de la objetividad del conocimiento jurídico en sentido propio (no el de la historia del Derecho, p. ej.) es la *Comunidad*.

por Derecho... puédense distinguir dos elementos: uno de ellos es un acto sensorialmente perceptible...; el otro es un sentido así como inmanente o adherente a ese acto o suceso, *una significación específica*" (Teoría Pura, pág. 27).

Enseguida hace notar Kelsen que "esta significación no puede verse o notarse así, sin más, en el acto, cual se perciben sus propiedades naturales. Aunque puede muy bien suceder que el acto enuncie algo sobre su propia significación. Sin embargo esta enunciación no debe tenerse en cuenta pues es menester distinguir el sentido subjetivo del *sentido objetivo* del acto". (Teoría Pura, págs. 28-29. El subrayado es nuestro).

Y por fin en el párrafo N^o 4, que se titula "La norma como esquema de interpretación", redondea su pensamiento de esta manera con razón considerada fundamental: "Ese estado de cosas exterior es, pues, un trozo de Naturaleza... Sólo que como tal no es objeto de conocimiento específicamente jurídico. Lo que convierte a ese suceso en acto jurídico, no es su "ser" natural, sino el *sentido objetivo* que está ligado a ese acto. Recibe el sentido mediante una norma que se refiere a él con su contenido... La norma hace las veces de esquema de interpretación". (Teoría Pura, pág. 30).

Nos interesa acá a nosotros, en primer lugar, esta distinción entre sentido "subjetivo" y "objetivo". Pues es patente que es el segundo el que por eliminación determina el ámbito del primero; que es el segundo el que tiene el *prius* de la determinación. Pues Kelsen hace aparecer distinción tan fundamental de manera un poco accidental y mezclándola con el problema muy otro de que el material jurídico tiene la propiedad de declarar su sentido. Esto no es de ningún modo lo que hace a la distinción de que sea y cuál sea el sentido objetivo. Y Kelsen se remite para ello a la norma como esquema de interpretación. Pero si la norma es concepto de deber ser, como ha quedado demostrado por Cossio en "Norma, Derecho y Filosofía", quedamos de nuevo sin punto de apoyo para distinguir el sentido objetivo que es lo que nos interesa. Pues efectivamente se podrán formar más de un concepto de deber ser

sobre el mismo factum sin que tengamos cómo decidirnos entre ellos.

El verdadero mecanismo de esta “*compresión conceptual*”, como se la ha llamado con acierto, tal como se produce en nuestro entender, quede por ahora en suspenso; bástenos por ahora anotar que una apresurada remisión al objeto sería inconsecuente y prematura. Inconsecuente porque hemos visto que Kelsen lo hace depender todo de la norma; prematura porque sería tratar el problema de la Vigencia sin separarlo del de la Validez que estamos viendo. Admitamos sin embargo desde ya que la peculiarísima estructura del objeto óntico-ontológico que es la libertad, nos llevará tarde o temprano a la fusión de ambos problemas.

7º *El problema y su respuesta*

Concretando en forma muy simple la dificultad que se trata de superar: si la norma no es otra cosa que concepto, o sea conocimiento jurídico, ¿qué diferencia habrá por ej., entre un tratado de Derecho Civil y un Código Civil o, en forma más general, entre una ley y una opinión doctrinaria? Y que tal diferencia existe es cosa de la que el jurista no abriga duda ninguna. Al punto de que califica por separado las leyes de los libros y tiene para él mucha mayor importancia (con algo del valor de un “*dato*”) un artículo del Código que páginas y páginas de algún autor.

Ya se han deslizado indicios suficientes como para prever la respuesta: 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* (3). Por eso el sentido

(3) En este enunciado que posee una gran fuerza de convicción, la Comunidad funciona como objeto del conocimiento (en el “A SI MISMA”) a la vez que como sujeto del mismo (LA COMUNIDAD CONOCE). En cuanto a qué sea el objeto nos remitimos por supuesto a lo que nos ha dicho la Teoría Ecológica. El “sí misma” será por lo tanto la misma conducta de la Comunidad y de cada uno de sus miembros en

del factum es sólo objetivo, cuando es el sentido que recibe del "esquema de interpretación" (norma o concepto) que le da la Comunidad. Por eso antes de ir a buscar un factum de confirmación intuitiva ya es menester, para que el concepto sea algún conocimiento objetivo, munirse del concepto que la Comunidad tiene predibujado sobre el mismo. Esto está dado y enunciado en la ley o solamente dado en la norma consuetudinaria. Es por ello que en los países de derecho legislado parece el procedimiento más sencillo (y es efectivamente el más difundido) el aprendizaje de la ley, que permite adquirir rápidamente el conocimiento ya enunciado sobre sí por la Comunidad, el cual, como venimos diciendo, es condición de "objetividad" para cualquier conocimiento jurídico que busque en la conducta ese "sentido objetivo" que interesa al jurista. Esto de la ley, que no pasa de ser un procedimiento técnico que brinda una mayor facilidad en la "operancia" sobre la dirección de la Comunidad (como se verá en el párrafo N° 12), ha acarreado, sin embargo, consecuencias muy graves a la doctrina jurídica. Aquí toma su origen el espejismo de haber asimilado el Derecho con la ley, con la norma general o con la norma a secas, en grados decrecientes de ingenuidad racionalista. Vale decir de asimilar el Derecho con la Validez para prescindir de la vigencia. Ya mostraremos en un párrafo ulterior que sea en verdad la Validez y el error de esta difundida creencia del racionalismo imperante.

Para convenir con nosotros en que se trata de un problema relativo a la "objetividad" del conocimiento el que aquí estamos tratando, servirá de contraprueba considerar el caso

su libertad. En esto se diferenciará pues de cualquier otro conocimiento sobre la Comunidad: que no será un conocimiento de una "obra" concluída, ni siquiera el del procedimiento para su realización. Se tratará de captar la libertad en sí misma en esa consideración en que al hacer de una libertad se opone el impedir de otra. El "sí misma" tiene pues dicho significado que se puede ver ahondado, en la dirección de este estudio, más adelante en el párrafo N° 12. Sin embargo aquí se trata de considerar a la Comunidad en tanto que *sujeto* de este conocimiento.

inverso y observar que un conocimiento que no se somete previamente a este proceso de sumisión a la Comunidad que estamos señalando, se resiente precisamente de falta de objetividad. ¿Podría negarse que el que se hace justicia por sus propias manos, o el pacifista que se niega a ir a la guerra, por motivos religiosos, p. ej., conocen su conducta y que la conocen conceptualmente incluso, es decir, en forma normativa? Y he elegido de propósito ejemplos que pudieran parecer axiológicamente justificables para que no se remonte la diferencia al orden moral o a cualquier iusnaturalismo completamente superado desde Kelsen. La diferencia está en lo que venimos diciendo: en que sea la Comunidad el sujeto de ese conocimiento.

8º *Qué es lo que a la norma la hace ser norma positiva.*

La respuesta en Kelsen

Una norma es pues un concepto por ser mención de conducta; pero es al mismo tiempo la norma un acto, o mejor dicho la norma aparece en un acto (votación en la Asamblea Constituyente, en el Congreso o en la Sentencia judicial). Ahora bien: sostenemos nosotros que éstas son en verdad normas por ser conceptos de la Comunidad. Se hace patente en seguida la verdad de esta aserción pues son tenidos por actos generadores de normas precisamente los actos de los órganos de la Comunidad y en tanto que tales. Sin embargo, y dado que estos actos generadores de normas son ellos mismos conducta, la solución que nos da Kelsen parece ser muy otra: la peculiar condición de ciertos actos de ser generadores de normas, derivaría pura y exclusivamente de que con tal sentido han sido mencionados en otra norma. Esta explicación ascendente en la pirámide jurídica que nos da Kelsen, tiene sin embargo un final (que es el apoyo de todo lo demás) sorpresivo: la Norma Fundamental, que ya no puede ser comprendida como tal por su mención en otra norma (no siendo ella misma un acto externo mentable, sino un presupuesto gnoseológico necesario), pues si así fuese sería esta otra norma la fundamental y así sucesi-

vamente. Lo sorpresivo está en que toda la tesis kelseniana depende de esta norma fundamental... ¡que no es una norma! Al menos no es una norma en el mismo sentido en que lo son las demás.

Se hace pues patente que la última palabra sobre el asunto que nos preocupa, no puede ser dicha sin definirse sobre este punto capitalísimo de la Norma Fundamental. Pues pudiera parecer que afirmar que cierto concepto-norma sea realmente una norma positiva que está dando un sentido objetivo a cierta conducta, depende de que ese concepto sea acto de la Comunidad, como es nuestro intento, introduce un elemento espúreo no suficientemente aclarado: el de Comunidad, cuyo concepto será difícil definir y el cual elemento será incluso difícil simplemente de mostrar. Y más se puede disentir sobre esta base si se tiene en cuenta que, como se acaba de ver, Kelsen mismo parece desautorizar tal opinión y mantenerse fiel al "normativismo" para explicar el mismo interrogante. Sin embargo se ha visto ya que esta fidelidad es sólo aparente, pues todo depende de la Norma Fundamental, que no es una norma postulada como absoluta, para rehuir de esa manera el problema, sino que es un presupuesto del conocimiento jurídico.

9º *La Norma Fundamental. Norma Fundamental abstracta y Norma Fundamental concreta*

Al tratar este punto clave será bueno tener en cuenta que Kelsen no es temático en aclarar la verdadera índole de su tarea. Simplemente la hace y deja la posibilidad de varias interpretaciones, como efectivamente ha sucedido. Por lo que aquí interesa, cabe considerar que Kelsen, preocupado por la Teoría General, ha determinado la Norma Fundamental de *cualquier* ordenamiento jurídico; es decir la condición del conocimiento jurídico en tanto que tal. Pues al hacer abstracción de éste o aquel ordenamiento y al hacer aun abstracción de que *no hay conocimiento jurídico que no lo sea de un ordenamien-*

to concreto, esos dos conceptos, que no tenían más que esa diferencia, habían de asimilarse: 1º) Norma Fundamental del conocimiento jurídico de cualquier ordenamiento. Presupuesto del conocimiento jurídico en tanto que tal; 2º) Norma Fundamental del conocimiento jurídico de *un ordenamiento*. Presupuesto de un efectivo conocimiento jurídico.

Entre ambas habría la diferencia que señala Kant entre una categoría y su esquema trascendental correspondiente. Este último sería igual a la primera sólo que actuando ya por medio de la imaginación en el campo de la intuición pura.

La norma fundamental de Kelsen reza en su versión simplificada: "Obedece al legislador originario". La norma fundamental en concreto, que es la que usa cualquier jurista positivo (y no la otra que no es sino el resultado de su abstracción, para quedarse con la enunciación en el ámbito lógico y en su extensión universal), reza también: "obedece al legislador originario", sólo que en ésta no se abstrae dicha norma de su sujeto para el cual es norma, de *cuyo* conocimiento jurídico es condición necesaria y que, apenas la haga funcionar se verá apremiado por ésa su situación a actualizar de cierta manera (en nuestro ordenamiento p. ej. con Urquiza después de Caseros). Sin este paso necesario se hace incomprensible la actualización del "Originario" que la Norma Fundamental contiene.

Por eso en Kelsen la Validez del orden jurídico se convierte de pronto en Validez del pensamiento, sin que se pueda sospechar de dónde le ha venido de pronto al pensamiento esa virtud operante. Y por eso resulta también sorprendente que la Validez, escrupulosamente separada de la vigencia, venga en cierta medida (no aclarada por cierto fuera de aquello de que no puede pasar de un máximo ni bajar de un mínimo) a depender de la última. Todo esto es debido a que en Kelsen la palabra Validez encierra confundidos los problemas que hemos separado como pertenecientes a la Norma Fundamental *inconcreto* y los pertenecientes a la Norma Fundamental *inabstrac-*

to (4). Ahora bien: estos últimos no dependen por cierto de la Vigencia; los primeros por el contrario sí, y no de cualquier vigencia y así sin aclarar, sino de la Vigencia tal como la vamos a mostrar en el siguiente párrafo.

10º *La primera Vigencia: pertenecer a una Comunidad*

El dato del cual vamos a partir para llegar a comprender en forma más originaria cualquier conocimiento jurídico, es el siguiente: todos tenemos en principio la comprensión (estamos tentados de llamarla intuición) de pertenecer a una Comunidad. Aquí vamos a hacer ver que esto de la Comunidad, que a algún normativista acérrimo le parecerá sencillamente un problema normativo y como una duplicación inútil de la totalidad del ordenamiento jurídico, es en realidad algo fundante del orden jurídico y de cada norma a través de la pirámide kelseniana (tal como se va viendo). Pues dicho normativismo acérrimo sólo podría mantenerse entendiendo a la norma como "cosa en sí"; lo que hace rato ha dejado de ser serio en el pensamiento iusfilosófico. Pero si con Kelsen se hace depender toda Validez de una Norma Fundamental (y conste que ahora hablamos de la Validez del orden jurídico y no de la del pensamiento; hablamos pues de la Norma Fundamental *inconcreto*) y nosotros mostramos cómo esa norma fundamental depende de la situación del sujeto y de la conciencia de

(4) Debemos nosotros pues separar nítidamente tres planos:

1º *Lógica Jurídica Formal*. Validez del pensamiento jurídico como tal.

2º *Lógica Jurídica Trascendental*. Validez del pensamiento jurídico como conocimiento. Se refiere a la validez de un orden jurídico en concreto e implica su "eficacia en general", condición para su actualización como conocimiento efectivo de una conducta efectiva.

3º *Conocimiento Jurídico Integral*. Llenadas las condiciones necesarias de la Lógica Jurídica Formal y Trascendental, la intuición de la conducta (vigencia en el sentido más restringido) va a dar su objeto al conocimiento jurídico. Kelsen, que no ha hecho claro a sí mismo que la norma es un concepto y la problemática que esta verdad encierra, trata confundidos los planos 1 y 2 bajo el nombre de Validez y los planos 2 y 3 bajo el nombre de Vigencia.

pertenecer a una comunidad, será entonces claro que la Comunidad aparece previamente al conocimiento normativo y como condición del mismo. Lo que no tiene nada de extraño pues el conocimiento normativo es, por definición, conceptual y debe basarse en alguna comprensión preontológica previa.

Esta comprensión de pertenecer a una comunidad es toda una *Vigencia* social en la que, por de pronto, "estamos". Como también nos está dado que esa Comunidad tiene una organización más rígida (que se podrá llamar en adelante Comunidad en sentido estricto) que tiene que ver con el Estado, el juez, la policía, lo jurídico. Aquí hemos aislado la palabra *Vigencia* por primera vez y este sentido de una realidad social, de nuestra coexistencia, ⁽⁵⁾ es también su primer sentido jurídico. En efecto; apenas trata el jurista de conocer sus datos de conducta, tendrá que hacer pie en ésta su *Vigencia*, *que le está dada antes que ninguna otra cosa en lo jurídico*, para poder concebir los datos de conducta suministrados por la intuición, con el sentido "objetivo" que su ciencia reclama.

11º *La Vigencia como asiento preontológico de la pirámide jurídica*

Pura y exclusivamente por esta *Vigencia* de que venimos hablando es que acudimos al Código Civil argentino y no a las XII Tablas para comprender un dato de nuestra vida jurídica. Y todavía el ejemplo es un poco sospechoso porque implica el conocimiento de un modo técnico, como es la ley. Nuestro ejemplo mostraría mejor cómo funciona esta *Vigencia* primaria de pertenecer a cierta comunidad, en el caso del profano que sabe p. ej. que hay que hacerse amigo del juez o que ha cometido un delito y va a consultar a un abogado y no se le ocurre, desde luego, trabar amistad con un juez italiano o con-

(5) Este sentido no es sociológico sino cuando es considerado por la Sociología. Nosotros estamos con el dato desnudo, previamente a toda consideración científica.

sultar a un abogado japonés. Tan evidente resulta lo que decimos que los ejemplos son sobreabundantes y que la noción misma de lo que "se hace" o lo que no se debe hacer está constituida sobre esta Vigencia de pertenecer a una Comunidad.

Pero a poco que se ahonda en ese conocimiento, se descubre que no es, sin más, válido como juicio de esa Comunidad, el último decreto del señor que ocupa el puesto de Jefe de Policía (que es lo que está en la vigencia inmediata), pues ese señor puede ser un impostor, o puede ser que el decreto exceda sus facultades reglamentarias, etc. Entonces y sólo entonces, cuando se cuestiona la Validez, es cuando aparece este problema de la Validez en su sentido estricto. Pues en principio toda Vigencia tiene Validez (6). Sin embargo Kelsen entra a considerar el problema de la Validez como algo originario y por eso nos va a sorprender la solución de la Norma Fundamental; en cambio, teniendo en cuenta lo dicho, se va a hacer claro el papel de la Norma Fundamental.

A medida que se descubre la insuficiencia de la comprensión primera de la Comunidad, se hace necesario remontarse en la pirámide jurídica; vale decir que se hace necesario ampliar la primera comprensión de los datos para tener en cuenta otros que antes no figuraban en el horizonte. Se hace también necesario ampliar la consideración del horizonte temporal pues, partiendo siempre del presente, la Comunidad se nos aparece como algo que nos preexiste en el tiempo. Esta ampliación es, como se comprende, elástica y se ha de llevar tan lejos como sea necesario a nuestra comprensión. Así nuestra Vigencia argentina total nos hace remontar a Caseros. Sólo ampliando hasta ese punto nuestra comprensión de la Comunidad, a la que por de pronto pertenecemos, se hacen jurídica-

(6) Este es el fundamento de la llamada teoría de la apariencia que últimamente goza de favor general y que, como no habrá escapado a los observadores sagaces, tiene proyecciones en todos los campos del Derecho. Piénsese p. ej. el caso de que las ediciones conocidas del Código Civil padeciesen de algún error y que este error fuese descubierto mucho más tarde por algún historiador del derecho.

mente comprensibles los datos inmediatos (en forma mediata) y los datos más mediatos (en forma más inmediata) de nuestra vida jurídica. De modo que *la Norma Fundamental no es más que el ápice de este proceso de nuestro conocimiento que parte de una Vigencia y sólo de una Vigencia*; y esto último hay que destacarlo. Y tan es así esto, que a pesar de que digamos que es la batalla de Caseros nuestra norma fundamental, esto no es sino una verdad aproximada si se toma la totalidad de nuestro orden jurídico. Pues muchas veces nuestro conocimiento se detiene antes, como sucede p. ej. en lo relativo a la sucesión anómala en el gobierno dada por las revoluciones triunfantes.

Quien quiera conocer "objetivamente" un dato de su experiencia jurídica, tiene que empezar, pues, por reconocer el juicio que la Comunidad, en la que está, por así decirlo, inmerso el dato y en la que está inmerso él mismo, ha adelantado sobre el mismo dato. Parte pues de su propia inmersión en la Comunidad (Vigencia) para hacerlo. Y acude a la norma donde la Comunidad le ha adelantado su juicio. La comprensión le exige entonces que revise si ése es verdaderamente el juicio de la Comunidad; entonces remonta la pirámide jurídica hasta la Norma Fundamental, donde se le aparece el juicio de la Comunidad ya no aislado sino formando un todo no contradictorio, todo un sistema de juicios de la Comunidad sobre sí misma, que le permite, en cada caso, sumir su propio juicio en el juicio de la Comunidad, tal como la entiende a partir de su comprensión originaria preontológica, que se ha ido haciendo cada vez más explícita (?).

Este es el primer recorrido del conocimiento por la pirámide jurídica. Mejor dicho aún: *éste es el movimiento que*

(?) El Derecho Internacional surge de considerar una Comunidad supraestatal y, en su forma más relevante, a la humanidad toda constituyendo dicha comunidad. Este último modo de ver tiene un sólido apoyo filosófico. (v. J. M. VILANOVA, *Humanidad e individuo*, todavía inédito). Se comprende sin dificultad que el Derecho Internacional carece de una vigencia-base suficientemente sólida y que de ahí derivan todas sus deficiencias reiteradamente señaladas.

constituye la pirámide jurídica como tal. La pirámide jurídica surge por él. Y su remate, la Norma Fundamental *inconcreto*, no es sino el momento en que se detiene satisfecho este originario movimiento de explicitación del “pertenecer a una Comunidad” (8).

Sólo después de así constituida la pirámide jurídica, se hace posible el recorrido que más ha llamado la atención hasta ahora: el descenso hasta llegar a la norma individual, que es la que va a dar el sentido del caso concreto. Ahora sí la tarea puede verse como de mera Lógica Formal; salvo lo advertido por Kelsen en relación a lo creador que hay en cada uno de los escalones normativos. Y salvo lo advertido por la Teoría Ecológica sobre cómo se hace cada una de esas creaciones. Y en este movimiento es donde aparece limpio el problema de la Validez, desligado ahora de su verdadero origen. Aquí no hay inconveniente en considerar a la Validez asunto de Lógica Formal. Sólo que hemos tratado de mostrar que este problema anda en Kelsen confundido con el otro (en el cual tiene su origen), ambos bajo el nombre de Validez.

Por fin aparece en la temática de estos problemas, la *Vigencia* en el sentido usual de esta palabra (que no es el que nosotros le hallamos más arriba). La vigencia como acuerdo efectivo de la conducta con la norma. Sólo tenemos que destacar acá que, siendo la norma mención de la conducta en su *deber ser*, esta vigencia dará lugar a cuestiones interesantes que sólo podrán ser rectamente planteadas en los párrafos siguientes.

(8) Por ello la validez depende de la vigencia. Pero no de la de una o cada una de las normas, ni tampoco es cuestión numérica del mayor número de normas. Depende de la vigencia del orden jurídico en su conjunto; y esto no es otra cosa que la vigencia primaria, de que hemos hablado, explicitada. Por ello tampoco hay lucha alguna posible entre vigencia y validez, dado que la última sólo explicita a la primera. Y menos que menos que el desacuerdo sea cuestión de “lógica”.

Hasta ahora hemos tratado de proceder en forma descriptiva a una aclaración acerca del proceso del conocimiento jurídico. Ahora debemos internarnos en las profundidades de nuestro objeto para tratar de ver la intrínseca necesidad a que este proceso está sujeto. Ya hemos adelantado varias veces que funciona a la vez como sujeto y como objeto de dicho conocimiento, una sola y misma cosa: la Comunidad. O dicho en otros términos, el hombre en cuanto es en comunidad. Sólo profundizando en la constitución del mismo se nos podrá hacer patente la intrínseca necesidad de todo esto y habremos alcanzado un fundamento filosófico para nuestras aseveraciones.

Ya hemos visto cómo, en base al componente coexistencial que hay en cada uno de nosotros, indefectiblemente pertenecemos a una Comunidad que nos es preexistente. Que esto nos obliga a pensar el dato jurídico como tales miembros que somos de la Comunidad. Hemos visto que sólo entonces nuestro conocimiento puede tener "objetividad". *Brevitatis causa* podemos imputar ahora a la Comunidad todo lo que tenga lugar a través de este proceso.

El objeto será pues la conducta en su deber ser, la conducta de todos los miembros de la Comunidad y por ende la conducta de la comunidad misma en cuanto al componente comunitario de cada una de esas conductas. Pero no se trata tampoco de prever cómo la tal conducta efectivamente será. Sino que se trata de formular conceptualmente *la efectiva dirección íntima* que la tal conducta tiene, sólo iluminada esta dirección por los valores. Con lo que el salto axiológico, que aquí es un salto ontológico, se hace indispensable.

Pero apenas el hombre, forzado por su constitución óptica, que es la de ser ontológico, piensa su propia conducta, tenemos que la primitiva unidad que era, se nos ha escindido en dos maneras: la de *ser* y la de *estar*. Pero no debemos olvidar que la unidad fundamental no ha desaparecido por eso. La manera esencial de estar del hombre es la de proyectar; y

cuando el proyectar recibe expresión conceptual, no hay dificultad en admitir la influencia que en el hombre tenga el modo del ser en el modo del estar. En otros términos: nos encontramos aquí (y recién aquí) con el problema del libre albedrío a la manera antigua. Pero vemos que la nueva manera de plantearlo resulta más convincente, pues siendo sólo una submodalidad del problema propio de la libertad, modalidad determinada por la característica óptica del hombre que es la de ser ontológico, se lo comprende en función de esa totalidad que es el hombre, superando las aporías a que estaba sometido por estar mal planteado.

De modo que la mención que se haga de la conducta en su deber, si no es ella misma "directiva" de dicha conducta como creían los escolásticos, para lo cual debían recurrir a la poco fundada distinción entre conocimiento teórico y conocimiento práctico; si debe ella recoger al menos la dirección que al estar imprime el ser del hombre. Es decir que debe recoger, al ser su objeto mentado un deber ser existencial, la dirección misma de ese deber ser, dirección que sólo puede ser aclarada por lo ontológico, es decir, por los valores. Cada vez que se atiende a un nuevo presente (en este plano de cosas), lo ontológico y lo que se recoge conceptualmente de ello acerca de la dirección del deber ser existencial que es su objeto, deben necesariamente estar dados por anticipado a lo meramente óptico de la presencia misma del factum que por su presencia ha perdido ya la condición de ser libertad, de ser deber ser, que era la condición misma de su ser jurídico y de la posibilidad de un conocimiento jurídico sobre el mismo (*). Esto es al menos

(*) Esta afirmación no debe ser desinterpretada haciéndola jugar en un tiempo que no le corresponde. En efecto; si el atender a un nuevo presente se interpretase con el tiempo mensurable del mundo físico podría sacarse de allí la consecuencia de la irrevocabilidad de la conducta. Esto sería manifiestamente un error. En la frase es menester acentuar la palabra *atender* de manera que se vea que la duración del presente depende (aquí una vez más) del tramo de realidad que se toma en consideración. Esta atención, y por consiguiente este presente, no están determinados por la mera presencia del factum sino por la totalidad de

lo que ocurre en el plena del conocimiento *necesariamente*; en cuanto a qué ocurre en el plano del objeto, es decir que sea en él lo determinante, no está en nuestras ambiciones alcanzarlo. Pues cuando se llega por encima de todas las distinciones meramente analíticas a la libertad originaria, sólo ella misma en su curso tiene una (nunca tampoco del todo) última palabra.

Pero al ser la Comunidad un sujeto tan especial, como queda dicho más arriba, cuyo ser no es más que el "ser en comunidad" de cada uno de sus miembros, el proceso recién descrito debe tomar características especiales adecuadas a ésta su peculiar manera de ser. En efecto; el "ser en comunidad" de cada uno necesita para lograr su expansión (que actualiza la posibilidad que en sí mismo es) una serie de actos de intercomunicación entre los diversos miembros. Sólo después de una comunicación semejante podrán pasar a formar parte del conocimiento de la Comunidad sobre sí misma cualesquiera juicios que quienquiera formule sobre tales objetos. Y en efecto, las normas se nos revelan siempre en actos comunicativos. Y si se recuerda acá lo dicho al hablar de la Norma Fundamental y de su origen, habrá que convenir que es necesario que tengan tal forma comunicativa, pues cada nuevo conocedor del Derecho ha de verse en la posibilidad de que le haya sido comunicado tal juicio.

Otra cosa que se puede contemplar con estos puntos de vista, es aquello de que la jurídica es una lógica de la individuación. La Comunidad debe terminar de conocerse en cada uno de sus componentes. Empieza por dar un bosquejo muy general de sí misma, determinando sobre todo los órganos por los que se manifestará; tal ocurre con la Constitución. Sucesivamente se va determinando más finamente hasta llegar a lo individual.

la conducta que se ofrece a la *comprensión*. Sólo así entendida se hace exacta la afirmación en que se ha escindido, de manera puramente analítica, lo óntico y lo ontológico de la conducta.

13º *La Vigencia derivada y su reducción a la originaria*

Nos toca ahora ocuparnos de la Vigencia en el sentido corriente de esta palabra y apartándonos del verdadero sentido que le hemos encontrado más arriba. Se trataría del acuerdo efectivo de la conducta con la norma. Después de lo dicho en el párrafo anterior, parece necesario prevenirse un poco contra esta visión demasiado simple. En efecto: la norma mienta a la conducta en su *deber ser*; y que la conducta sea efectivamente no es de ningún modo la confirmación intuitiva de dicho concepto. Y esto se reconoce ampliamente al confesar como irrelevante la falta aislada de cumplimiento de alguna norma y sólo al desconocimiento que la Comunidad entera haga, darle la jerarquía de falta de Vigencia. Se comprende que esto último queda sumido en el concepto de Vigencia, tal como fué descrito más arriba en el párrafo 10.

JOSE M. VILANOVA

Miembro del Instituto Argentino de
Filosofía Jurídica y Social

