

"DE LA CIENCIA DEL DERECHO"

Así titula el capítulo II de la tesis de grado presentada recientemente por el Dr. IGNACIO ACEBEDO A. sobre "Reglas generales del Derecho" (Art. 8º de la Ley 153 de 1887). El jurado estuvo integrado por los doctores Guillermo Londoño Hernández (Presidente), B. Mantilla Pineda, Ignacio Moreno Peláez y Enrique Jaramillo Melguizo, quien en uno de los apartes de su informe dice: "Por la envergadura del tema científico y filosófico a la vez, por la certera forma de enfocar la materia en cuestión y por la lucidez del pensamiento y claridad de la expresión, la tesis llena de sobra los requisitos para su aceptación y aún para ser publicada en la "Revista Estudios de Derecho", órgano de nuestra Facultad".

CAPITULO II

Antes de entrar a considerar una noción de Ciencia del Derecho, se impone un estudio, aunque sea somero, de los principales sistemas jurídicos, en lo pertinente al tema.

ESCUELA DE LA EXEGESIS

Según esta escuela, la fuente del Derecho es el Legislador. El Derecho es la ley. La actividad científica se limita a explicar los textos legales sin abordar una sistematización; a indagar, mediante una interpretación subjetiva (intención del Legislador), el principio fundamental o general que informa la norma legal para deducir de él todas las consecuencias posibles. No admite la costumbre y las insuficiencias de la ley se suplen con la analogía.

ESCUELA HISTORICA

La Escuela histórica (Savigny) considera el Derecho como expresión de la vida de un pueblo, como una manifestación de la conciencia jurídica nacional, en fin, como un hecho histórico.

El Derecho positivo (niega el natural) es anterior al Estado. El Legislador no participa en la producción del Derecho y su actividad se circunscribe a reproducir el Derecho que surge del espíritu.

del pueblo. La ley no es más que un instrumento de expresión del Derecho para garantizar su cumplimiento.

Los principios jurídicos fundamentales se hallan en la conciencia nacional, pero en un estado de vaguedad e indeterminación. Precisarlos y determinarlos es la tarea que incumbe al Legislador y a la Ciencia del Derecho.

La actividad científica se desenvuelve en dos fases: Una histórica y otra sistemática.

La investigación histórica no se limita al simple relato de un fenómeno jurídico (instituciones y principios) dado. Este se considera determinado por una causa (ley de la causalidad) y, mediante un examen crítico de esclarecimiento y comprobación en busca de la verdad que abarque el origen, desarrollo y transformación del fenómeno en estudio, hay que indagar el principio que explique su continuidad histórica.

Y si los fenómenos jurídicos no están aislados en el tiempo, tampoco lo están en el espacio; se coordinan entre sí, forman un sistema; el Derecho es un todo orgánico. La sistematización consiste en determinar los principios fundamentales en virtud de los cuales todas las partes del Derecho se relacionan entre sí, para deducir de ellos las reglas que han de aplicarse a los casos particulares.

Los principios generales se obtienen inductivamente de los fenómenos jurídicos (realidad histórica).

A pesar de la concepción del Derecho como un producto de la historia; de la ninguna participación del Legislador en el establecimiento de él, la escuela Histórica acabó limitando la Ciencia del Derecho a la interpretación histórica de las normas legales —si bien tomando un contenido concreto (histórica)— y a la sistematización de las mismas. En efecto, el jurista y el juez deben estar vinculados a la ley y las lagunas han de llenarse por medio de la analogía.

DOGMATISMO JURIDICO

De acuerdo con el Dogmatismo jurídico, el Derecho es lo establecido como tal por el Legislador y todo el ordenamiento jurídico positivo está representado por la legislación.

Las normas legales suministradas por el ordenamiento jurídico positivo, constituyen el objeto de la Ciencia del Derecho. Pero el

objeto no es la norma jurídica en su doble faz de forma y contenido puesto que de éste se prescindiría por considerársele materia extrajurídica; de suerte que el objeto es únicamente la forma, el pensamiento jurídico (formalismo). Así delimitado el objeto, la ciencia se reduce a pura Lógica jurídica.

La investigación tiene por cometido analizar las disposiciones particulares (normas) en busca de sus elementos comunes para integrarlas en un principio general (dogma). A su vez, los principios generales se concentran en otros principios más generales y así sucesivamente. Obtenido el principio general se procede a deducir de él las consecuencias particulares hasta agotarlas.

En el método Dogmático existe una verdadera sistematización.

Sin excluir la analogía, el sometimiento del jurista y del juez a la ley, es absoluto.

Para el Dogmatismo no existen los problemas del conocimiento y la verdad; posee el conocimiento verdadero y hablar de una comprobación, carece de sentido.

Conforme con el Dogmatismo jurídico, la Ciencia del Derecho es descriptiva.

ESCUELA CIENTIFICA FRANCESA

La Escuela científica francesa (F. Geny) contempla dos aspectos en las reglas jurídicas: El científico y el técnico.

En la elaboración científica de las reglas jurídicas, entran en juego varios factores o "datos", experimentales y racionales, que se conjugan armónica y jerárquicamente.

Principales factores son: a) Datos **reales**, que comprenden hechos físicos, psíquicos, biológicos, económicos, políticos y sociales. b) Datos **históricos**, representados por el Derecho históricamente dado: Ley, costumbre, jurisprudencia, doctrina y tradición. Y c) Datos **racionales** o reglas del Derecho natural.

A la Ciencia compete descubrir y comprobar las reglas jurídicas que, de acuerdo con la naturaleza de las cosas, suministran los "datos". Y la Ciencia jurídica no es únicamente descriptiva; es ante todo una Ciencia normativa.

Las reglas jurídicas científicas tienen un carácter objetivo, pero adolecen de imprecisión, de indeterminación; son demasiado generales. Se hace necesario, entonces, fijarlas y adaptarlas a fines específicos y concretos para que puedan cumplir su cometido en la vida. Esta labor corresponde a la técnica que es una actividad subjetiva.

En la elaboración técnica de las reglas jurídicas, intervienen dos principales clases de procedimientos: a) Medios de expresión o de exteriorización que concretizan las reglas jurídicas: Ley escrita, costumbre, jurisprudencia y doctrina. Y b) Procedimientos intelectuales que, mediante la aprehensión o representación en conceptos de las realidades jurídicas (idealización de la realidad), se traducen en teorías que sistematizan el derecho (construcción jurídica).

Aunque la ley, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina, tienen el carácter de fuentes formales de derecho positivo, únicamente las dos primeras son obligatorias para el intérprete y el juez. Pero el sometimiento, en primer lugar a la ley y subsidiariamente a la costumbre, es siempre y cuando éstas existan; a falta de ellas, además de la analogía, la Ciencia del Derecho, con el auxilio de la técnica, proporciona las reglas para complementar o suplir las insuficiencias del ordenamiento jurídico positivo.

Es de anotar que el criterio adoptado por esta Escuela para la distinción entre la Ciencia y la Técnica, ha sido unánimemente rechazado; basta con observar que algunos elementos son a la vez "datos" científicos e instrumentos técnicos.

En conclusión: Para la Escuela científica francesa la Ciencia no se limita al conocimiento y sistematización de los textos legales; además del Derecho legislado, se impone el conocimiento de las realidades de la vida económica y social y de los preceptos del Derecho natural.

POSITIVISMO SOCIOLOGICO Y DERECHO LIBRE

El Derecho es un producto vivo, constante y espontáneo de la vida social; es un hecho social.

Entre las diversas manifestaciones de la vida social y por medio de la observación, el análisis y la comparación, hay que indagar

los hechos jurídicos —tales como se presentan— y comprobar las reglas a que están sometidos.

Los hechos jurídico-sociales en donde se encuentra o de donde proceden las reglas jurídicas que representan el auténtico derecho y cuya determinación corresponde a la Ciencia, son tratados con una terminología diferente por los distintos representantes de esta dirección. Así: a) Reglas normativas (Duguit); b) Instituciones sociales (Hauriou); c) Normas del Derecho libre (Kantorowicz); y d) Derecho de la sociedad (Ehrlich).

Las reglas normativas se diferencian de las reglas constructivas: Estas son procedimientos técnicos que atienden a la realización de aquéllas y son elaboradas por las leyes positivas.

Las instituciones sociales, en las cuales se conjugan los elementos normativo y de hecho del Derecho, son el verdadero origen de las reglas jurídicas (Teoría de la Institución).

Las normas del Derecho libre son anteriores y superiores a la ley positiva; de ésta puede prescindirse y la libertad del juez es absoluta.

El Derecho de la sociedad antecede e informa el Derecho del Estado, de los juristas y de los tribunales. Con todo, históricamente, el origen próximo de las reglas jurídicas, se encuentra en las decisiones judiciales (Decisionismo).

El Sociologismo jurídico surgió con la pretensión de suplir la insuficiencia de la ley positiva escrita; mas el resultado fue muy diferente: La subestimación de la ley, reduciéndola a uno de los varios procedimientos de expresión del Derecho, carácter del cual participan asimismo, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina.

TELEOLOGISMO JURIDICO

El Teleologismo jurídico —en sentido estricto— admite que el Derecho es una realidad histórico-social, pero una realidad dominada por la ley de la finalidad ya que los hombres actúan movidos por fines.

Y si el Derecho aparece determinado por fines o valores, su investigación, elaboración e interpretación, ha de hacerse en consideración al fin.

El Teleologismo acepta principios jurídicos a priori y exclusi-

vamente en ellos, han de fundarse las decisiones que no tengan apoyo en las leyes positivas escritas.

Coincidiendo con la idea de la estimación del fin, la llamada Jurisprudencia de intereses sostiene que el Derecho es el resultado de la valoración y ordenación de intereses en conflicto. La norma jurídica procede de la vida —es conflicto de intereses— y no debe perder su vinculación con ella.

Los intereses para considerar, además de la justicia, son, entre otros, los económicos, artísticos, científicos, éticos y religiosos.

En ausencia de ley, autoriza la aplicación de reglas derivadas de la experiencia.

IDEAL — REALISMO JURIDICO

En esta denominación se agrupan las direcciones que, con relación al Derecho, tratan de establecer las conexiones entre lo racional y lo real, entre el ser y el deber ser, entre la Ciencia y la filosofía. A continuación, serán citados los principales representantes.

Binder

El Derecho positivo (realidad histórico-política concreta de carácter esencialmente teleológico) es el objeto común de la Ciencia y de la Filosofía jurídicas, si bien los puntos de vista son diferentes. La Ciencia descubre y describe los hechos jurídicos (reales) sin detenerse a explicarlos; la Filosofía, en ese mundo real, busca lo racional: Leyes necesarias de lo físico y de lo psicológico y leyes de causalidad moral de los fines. La consideración del fin de las instituciones jurídicas conduce a los valores, cuyo carácter subjetivo es transformado en objetivo por la Filosofía.

En resumen: El conocimiento filosófico fundamenta y explica el conocimiento científico, que es meramente descriptivo. (Téngase presente la distinción que en Filosofía se hace entre explicación y descripción).

A esta dirección se hacen las siguientes objeciones: La absorción de la Ciencia por una Filosofía de carácter positivista y la relativización de los valores.

Gurvich

El Derecho no pertenece exclusivamente ni al mundo de lo real ni al de lo ideal. El Derecho se ubica entre las realidades espiritualizadas de la cultura que en sí llevan incorporados valores positivos.

La realidad jurídica está representada en el "hecho normativo" de contenido social y normativo. El "hecho normativo" significa la síntesis de lo real y de lo ideal, del ser y del deber ser, del hecho y de la norma.

La Ciencia jurídica, cuyo cometido consiste en extraer de la realidad jurídica un sistema de normas ("sentidos normáticos"), no puede prescindir de la investigación sociológica del aspecto real del Derecho, ni de la investigación filosófica de sus principios fundamentales.

Sauer

Con antecedentes en la "teoría del orden concreto" de Schmitt, según la cual, la vida de una determinada comunidad origina un orden concreto que constituye la fuente inmediata del Derecho, la teoría de Sauer estatuye que las relaciones de la vida de la comunidad genera normas particulares concretas. Para que la norma particular adquiera un carácter general o se convierta en ley, es necesario que perdure, que se aplique a casos semejantes al de su génesis. La vigencia de la norma particular en su proyección hacia la norma general, está condicionada a que cumpla su fin, a que realice un valor.

En la teoría de Schmitt, las normas jurídicas que proceden del orden concreto, expresan y realizan los fines de dicho orden. En cambio, en la teoría de Sauer, los fines o valores jurídicos —por lo menos los que tienen el carácter de supremos o últimos (bien común, justicia)— no deben consagrarse en un orden positivo porque ello implicaría el estancamiento de la idea del Derecho. Al aplicar el Derecho, deben considerarse sus fines últimos.

Carnelutti

El Derecho se presenta como una lucha entre el hecho y la ley, lucha que tiende a resolverse en la síntesis o superación del hecho y de la ley.

Las reglas jurídicas (legales) son el objeto de la ciencia; mas no debe perderse de vista que ellas son el producto de una previa elaboración. Las reglas jurídicas proceden de los actos jurídicos; luego, la investigación ha de partir de los actos jurídicos (actos de quienes mandan —legislativos— y de quienes obedecen y desobedecen).

Los actos jurídicos —fenómenos jurídicos primarios— deben observarse directamente. A la observación, en la cual se obtienen las imágenes de los fenómenos jurídicos, sigue la elaboración científica que se desarrolla en la forma siguiente: Comparación de los fenómenos jurídicos, clasificación de los mismos en grupos semejantes (especies), mediante la determinación de sus cualidades comunes; concentración de los caracteres comunes a varios fenómenos para integrar el género, el cual constituye el concepto. (En esta ordenación o sistematización hay un aspecto que no aparece claro: La especie no es un concepto sino un fenómeno; únicamente el género tiene el carácter de concepto).

Después de elaborado el concepto, se procede a su expresión: Definición o formulación (regla o proposición jurídica).

El concepto viene a ser como una especie de caricatura del fenómeno jurídico a causa de que no todos los elementos de éste se integran en aquél. Por eso los conceptos elaborados y formulados (reglas jurídicas) no constituyen la culminación de la ciencia; los conceptos no son más que criterios para la observación de la realidad jurídica, es decir, de los actos o fenómenos jurídicos.

Esta dirección no es que autorice la libre formulación de reglas jurídicas, misión exclusiva del Legislador; lo que propugna es el estudio de las normas a través de su génesis y de su actuación en la vida, para lo cual, no puede perderse el contacto con el fenómeno jurídico en su integridad.

NATURALEZA DE LA CIENCIA DEL DERECHO DE ACUERDO CON EL OBJETO

Aunque los pocos sistemas jurídicos citados, en su mayoría positivistas, no asumen una actitud filosófica ante el problema ontológico del ser del objeto Derecho, precisamente por su positivismo, de sus concepciones es posible inferir cómo consideran dicho objeto.

Para la Escuela histórica y el Positivismo sociológico, el objeto del Derecho es real (hecho histórico, hecho social).

Cuando el Dogmatismo o Positivismo jurídico formalista prescinde del contenido de las normas, el objeto es ideal y la ciencia del Derecho se convierte en lógica jurídica.

En el Teleologismo jurídico, el objeto es real-axiológico y en el ideal-realismo jurídico, es real-ideal o real-axiológico.

Como valor exclusivamente, tal vez no ha sido considerado el derecho por las siguientes razones: Característica de los valores es que son objetos no independientes, es decir, son objetos que adhieren a otros objetos; según esto, es necesario tener en cuenta los objetos a los cuales adhieren o se vinculan los valores. Así se explica esa "realidad referida valores" del axiologismo jurídico (no está incluido arriba).

Ontológicamente, el Derecho no es exclusivamente ni objeto real, ni objeto ideal, ni objeto axiológico; es un complejo integrado por esas tres clases de objetos ("ser espiritual"). Lo real es la conducta humana; lo axiológico corresponde a los fines o valores; y lo ideal está constituido por conceptos, juicios, relaciones entre los objetos, etc. Sin embargo, este elemento ideal no es propio ni exclusivo del complejo en mención ya que las estructuras lógicas y las relaciones ideales entre objetos, necesariamente inciden en toda clase de objetos.

Por cuanto el Derecho es objeto cultural ("ser espiritual") la ciencia que de él se ocupa, pertenece a las ciencias del espíritu o de la cultura.

EL OBJETO DE LA CIENCIA DEL DERECHO

El objeto de la Ciencia jurídica es el Derecho positivo. No obstante, ante la presencia de un Derecho natural en estrecha conexión con el positivo (coexisten y se necesitan mutuamente), cabe preguntar, por qué el Derecho natural es excluido como objeto de la Ciencia.

Al parecer, ontológicamente, el Derecho natural ha sido colocado en todas la gama de objetos. Aristóteles habla de leyes de la naturaleza que rigen tanto el mundo físico como las relaciones humanas y que se obtienen por medio de la observación (objeto real).

La escuela racionalista trata el Derecho natural como objeto ideal. A menudo, se ha identificado el Derecho natural con la justicia (valor). Y cuando el Derecho natural es tema de la teología o cuando se afirma que representa los principios últimos del Derecho, es objeto metafísico.

Verdaderamente, en el Derecho natural se conjugan los mismos elementos del Derecho positivo (hay una conducta humana, un valor y un concepto); mas, es dable sostener que el ser del Derecho natural es idéntico al ser del Derecho positivo? La concepción sobre el ser del Derecho positivo como objeto histórico-cultural (creación de los hombres), pugna con el origen divino del Derecho natural.

Ya en un plano más bien lógico, a un Derecho natural universal e inmutable, se ha opuesto un Derecho positivo singular, contingente y mutable. Según la concepción escolástica, la inmutabilidad del Derecho natural se refiere a las normas en sí y no al contenido o materia que es variable; en consecuencia, con respecto al contenido o materia, no existe diferencia entre el Derecho natural y el positivo. Si se distinguen desde un punto de vista formal: Mientras las normas naturales son inmutables, las normas positivas, en cambio, son variables. Si ello es así, es vano intento buscar un concepto universal del Derecho positivo pues en el supuesto de que se encuentre, el Derecho natural y el positivo se identificarían.

Las normas positivas están en función del contenido o materia y por eso el Derecho positivo se transforma. En cierta manera, las normas naturales también tienen un carácter funcional, porque aunque la mutación de la materia no conlleva la abolición o modificación del precepto natural, sí implica la suspensión temporal de su obligatoriedad.

En el Derecho natural no existe una jerarquía de preceptos según la cual el inferior deba ceder ante el superior —como en el Derecho positivo— porque ello se opondría al fin único o absoluto: La justicia.

Bien por el carácter divino o bien porque represente el concepto universal, los principios fundamentales y el fin último o supremo del Derecho positivo, el Derecho natural es objeto de la filosofía. Si como causa para excluir el Derecho natural de la Ciencia jurídica, se aduce el carácter apriorístico, universal e inmutable de

los preceptos naturales, se cae en un relativismo puesto que los principios científicos matemáticos también participan de dicho carácter.

De manera, pues, que es el Derecho positivo el objeto de la Ciencia jurídica. Pero no el Derecho positivo en general; es el Derecho positivo de un determinado Estado. Ello significa que pueden existir tantas ciencias del Derecho cuantos Estados haya en el mundo (las ciencias del Derecho tienen límites territoriales y nombres propios de países). Esta limitación se explica porque, siendo el Derecho positivo individual, concreto, histórico, es utópico hablar de un Derecho positivo universal.

La anterior acepción de Ciencia tiene el inconveniente de excluir los derechos Canónico, Internacional, Constitucional general, Administrativo general, Penal general, etc. La objeción es decisiva en cuanto a los derechos Canónico e Internacional; a los otros derechos positivos generales, que en cierto aspecto implican una filosofía, sí puede aplicárseles la llamada Ciencia del Derecho comparado, en la cual se toma por objeto los derechos positivos de los distintos Estados.

Cuál es la causa para que instituciones jurídicas surgidas en tiempos remotos, se conserven hoy? Sin negar que el Derecho natural se incorpora en el positivo, indudablemente en el último hay también algo de universal; de otra manera no se comprendería cómo Colombia se ha regido con una legislación en su mayor parte copiada.

Qué se entiende por Derecho positivo como objeto de la Ciencia jurídica.

Se han distinguido tres momentos en la actividad jurídica: Actividad legislativa, actividad científica y actividad judicial.

La actividad **legislativa**, es privativa del Estado, concretamente del Poder legislativo, y consiste en dictar el ordenamiento jurídico positivo.

La actividad **judicial**, también privativa del Estado (Poder judicial), tiene por misión la aplicación del Derecho.

A la actividad **científica** corresponde el conocimiento, la interpretación y la sistematización de ese ordenamiento jurídico.

De modo, pues, que el Derecho positivo, como objeto de la Ciencia jurídica, es el dictado por el Legislador (o por quien haga sus veces).

La idea de que el Derecho positivo es el dictado por el Legislador y que tiene su fundamento en que el carácter normativo y objetivo del Derecho proviene de un poder superior, ha sido reevaluada. Con excepción de la Escuela de la exégesis y del Positivismo jurídico estricto (dogmatismo) para los cuales el Derecho positivo es creación del Estado y así Derecho y ley se identifican, ningún sistema jurídico importante atribuye al Estado la creación del Derecho positivo. Aun con absoluto desconocimiento del Derecho natural, la Escuela histórica, la Escuela científica francesa (acepta el Derecho natural), el Positivismo sociológico, el Teleologismo jurídico y el Ideal-realismo jurídico, están acordes en la distinción entre el Derecho y la ley: El Derecho es una realidad histórico-social, un producto de la vida; la ley es un instrumento técnico o un medio de expresión del Derecho.

A la fuente formal de Derecho que es la ley, se opone una fuente real.

Por último, el Derecho Internacional y el Derecho consuetudinario, nada deben a la intervención de un Legislador.

(Sobre el carácter en sí normativo y objetivo del Derecho, merecen citarse la Teoría de la Institución de Hauriou y la Teoría del hecho normativo de Gurvich).

A pesar de lo expuesto, por qué se mantiene la idea de que el objeto de la Ciencia jurídica es el ordenamiento jurídico positivo, es decir, el Derecho legislado? Simplemente, porque en la noción de ciencia del Derecho se ha involucrado el problema del Estado de Derecho o de la teoría de la separación de los poderes. En efecto: Es una alusión constante a que el juez no puede "crear" Derecho porque en caso de hacerlo, se convertiría en Legislador; por tanto, debe someterse al Derecho estatal. Ni el Legislador crea el Derecho ni es el juez quien aplica siempre el Derecho. En la realidad sucede que las normas jurídicas antes de convertirse en leyes por la actuación del Legislador, ya han sido formuladas por los juristas; y que los hombres continuamente aplican el Derecho sin acudir a Tribunales,

hechos que demuestran que la actividad jurídica se cumple sin la intervención de los Poderes públicos.

Que el Estado garantice el cumplimiento del Derecho por medio de leyes; que las leyes sean debidamente promulgadas; que el juez se someta al ordenamiento jurídico positivo, son problemas ajenos a un concepto de Ciencia del Derecho.

Es fácil ver cómo no se cumple cabalmente la noción de ciencia si se toma por objeto de la Ciencia jurídica el ordenamiento jurídico positivo. Las normas legales (proposiciones jurídicas) son juicios o concimientos que corresponden a situaciones objetivas, a objetos. Ahora bien, la vinculación a la norma legal impide que la investigación científica trate directa y libremente los objetos, cosa que no ocurre en ninguna otra ciencia. La sujeción a la norma, no solamente limita el campo de la investigación estancando el progreso de la ciencia, sino que hace inoperante la demostración. Tan cierto es que las normas legales son juicios o concimientos, que cuando el Positivismo formalista prescindió del contenido objetivo, la Ciencia del Derecho se redujo a pura lógica jurídica.

En conclusión, no es propiamente la Ciencia del Derecho la que formula las normas sino el Legislador!

EL PUNTO DE VISTA DE LA CIENCIA DEL DERECHO

Cuando el positivismo se aplicó al Derecho, nació la Ciencia jurídica. El positivismo en el Derecho implicó la negación del Derecho natural, la consideración del Derecho como objeto real y, en consecuencia, la adopción de un método exclusivamente experimental e inductivo. Así, la Ciencia del Derecho se equiparó a las ciencias de la naturaleza, descriptivas y explicativas.

Consecuente con lo anterior, el punto de vista del positivismo es "lo que es" o "como es" el Derecho en un determinado Derecho positivo, prescindiendo de todo principio de valoración que permita indagar "lo que debe ser" o "cómo debiera ser" el Derecho —tema filosófico.

Pero resulta que aun las direcciones más inferiores del positivismo, hacen alusión a una norma y por definición toda norma consagra un deber ser. Luego, el positivismo sí contempla un deber de ser?

En el Positivismo jurídico, en sentido estricto —referencia exclusiva a la ley—, el elemento normativo sí representa un deber ser, mas es un deber ser que corresponde a algo ideal de naturaleza difícil de explicar, pero que en todo caso no se fundamenta en un valor. En cuanto a la norma en el Positivismo Sociológico, en realidad es una norma que no norma puesto que se deriva de la observación de los hechos tales como se presentan en la realidad; en vez de ser norma prescriptiva, es norma descriptiva, o talvez no sea norma en absoluto.

Sin embargo, cuando el Teleologismo jurídico y la Jurisprudencia de intereses introducen en la Ciencia jurídica la consideración de los fines como algo esencial al Derecho, necesariamente se modifica el punto de vista positivista. Que los fines o valores como tema de la Ciencia jurídica sean los concretos, relativos y contingentes (políticos, históricos, sociales, económicos, etc.), eso no obsta para que ya impliquen una valoración, un deber ser, máxime, si esos fines secundarios han de estar subordinados al fin último supremo: La Justicia.

El Legislador valora, el jurista valora, el juez valora. Afirmar que la Ciencia jurídica estudia lo que es Derecho en un determinado ordenamiento jurídico positivo, reservando la valoración para una filosofía, equivale a suponer que los legisladores se han limitado a copiar las relaciones humanas tales como se suceden, sin imprimirles direcciones, sin imponerles un deber ser. De antemano, la Ciencia del Derecho está colocada ante una valoración, susceptible sí, de nuevas valoraciones.

La Ciencia jurídica no es una Ciencia de la naturaleza; es una Ciencia del espíritu en que la consideración del valor es esencial. Es Ciencia normativa, valorativa; por tanto, también contempla "lo que debe ser" el Derecho.

TEORÍA GENERAL DEL DERECHO — CIENCIA TEÓRICA DEL DERECHO Y TÉCNICA JURÍDICA

En los tratados de Derecho frecuentemente se observan alusiones a una teoría general del Derecho, a una Ciencia y a una técnica jurídicas. Son disciplinas diferentes?

Teoría general del Derecho.

Se ha entendido por teoría general del Derecho, la disciplina que pretende indagar el concepto universal y los principios fundamentales del Derecho, mediante generalizaciones empíricas, partiendo inductivamente de los ordenamientos jurídicos positivos. En vista de que tales nociones no son temas para la ciencia ni pueden obtenerse inductivamente, lo más indicado es incluir la teoría general del Derecho en la Filosofía jurídica que es la que se ocupa de los supuestos del saber científico-jurídico: Problemas metafísicos, lógicos, noseológicos y axiológicos del Derecho.

Ciencia teórica del Derecho y técnica jurídica.

Antes quedó expuesta la dificultad para distinguir una teoría de una práctica en ciencias que por naturaleza son prácticas, como la jurídica. No obstante, interesa considerar el problema concretamente en el Derecho.

Tradicionalmente, se ha entendido por Ciencia teórica del Derecho, lo siguiente: El Legislador establece las normas y éstas constituyen el objeto de la ciencia. El trabajo científico para verificar sobre las normas, comprende descripciones, explicaciones, definiciones, clasificaciones, obtención de normas o principios generales y la sistematización o construcción. Y por práctica o técnica se ha entendido la aplicación de las normas a los casos concretos.

En la Escuela histórica, el objeto de la Ciencia está representado por el Derecho que emana de la conciencia popular y su cometido estriba en destacar un sistema de reglas precisas y determinadas. La práctica es la aplicación de las reglas a los acaeceres de la vida. Propugna la fusión de la ciencia y la práctica.

Para la Escuela científica francesa, el objeto de la ciencia está constituido por los denominados "datos" —entre ellos la norma— de donde se derivan las reglas teóricas de carácter general y abstracto. A la técnica corresponde adaptar las reglas teóricas a los fines concretos de la vida, como también, la labor de sistematización o construcción. Con todo, la ciencia y la técnica se entrecruzan.

Una corriente fenomenológica (Reinach) atribuye a los fenómenos jurídicos un ser independiente de la intervención humana, si-

milar al de los objetos matemáticos y naturales. La ciencia jurídica está constituida por un conjunto sistemático de conocimientos a priori de las relaciones esenciales de los fenómenos jurídicos. La norma es objeto de la técnica jurídica.

El conocimiento y sistematización de un Derecho positivo dado, es para Stammler objeto de la técnica.

Siempre que se ha pretendido determinar una ciencia jurídica teórica o pura, se ha prescindido de la norma y de la consideración de los fines, como factores no teóricos. (En la teoría pura del Derecho de Kelsen, las normas no tienen ninguna relación con los fines). Pero a la Ciencia del Derecho, como ciencia práctica que es, no puede aplicarse el mismo criterio empleado en las ciencias matemáticas y naturales para distinguir una teoría y una práctica. Toda regla jurídica es a la vez científica y técnica. Empero, en el Derecho procesal se acentúa un carácter técnico.

Conclusión.

Después del camino recorrido, qué debe entenderse por Ciencia del Derecho?

La Ciencia del Derecho es un conjunto sistemático de conocimientos sobre el Derecho (natural y positivo escrito y no escrito, aunque tenga que aceptarse la dualidad filosófico-científica).

La llamada "Ciencia de las leyes" está expuesta a desaparecer o a quedar como dato histórico, por el simple capricho de un gobernante.

