

494

25J



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES 'ARAGON'

REDUCCION DE LA TEORIA PURA KELSENIANA A UN ASPECTO LOGICO-FORMAL DEL DERECHO

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
TERESA ZUÑIGA BOTELLO

ASESOR DE TESIS:
LIC. MARTHA ALICIA SALAZAR LOPEZ



San Juan de Aragón, Estado de México

1995

FALLA DE ORIGEN



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

Este trabajo de tesis significa la culminación de uno de mis sueños anhelados como estudiante y al verlo alcanzado es motivo de gran satisfacción y orgullo; pero esto no hubiese sido posible sin el constante apoyo y palabras de aliento de mis seres queridos, es por ello que comparto este júbilo que siento con ellos, y de manera muy especial con:

DIOS

A ti padre celestial que
a lo largo de mi camino
siempre me has iluminado
te doy las más infinitas
gracias.

A MIS PADRES:

SR. AVELINO ZUÑIGA SANTILLAN.

SRA. ANGELINA DOTELLO DE ZUÑIGA.

Porque gracias a sus sabios consejos, gracias al amor, cariño, apoyo y comprensión constante e incondicional he llegado a realizar una de mis metas la cual constituye la herencia más valiosa, que pudiera recibir para continuar con mi superación; con amor, admiración y respeto, son y serán siempre uno de los valuartes más grandes que Dios me dio.

A MIS HERMANOS:

**PAULINO, ROSAURA, ELOISA,
KAREN YOHANNA así como a
OLIVIA, MARTINCITO Y PAO.**

Por el apoyo incalculable, mi gratitud y admiración para todos ellos, para que siempre estemos unidos por sobre todas las cosas. Los Quiero.

A MI MAESTRA:

LIC. MARTHA ALICIA SALAZAR LOPES.

Agradecida estaré siempre por los conocimientos que me transmitió en mi desarrollo profesional por su amistad, así como por su conducción tan sabia, por la cual fue posible la culminación de la presente investigación.
Gracias.

Así como a todas aquellas personas, que de alguna manera, contribuyeron para la realización del presente trabajo.

I N D I C E

Págo.

Introducción.

CAPITULO I. UBICACION HISTORICA Y DOCTRINARIA DE LA TEORIA GENERAL DEL DERECHO DE HANS KELSEN.

A) EL POSITIVISMO JURIDICO Y SUS CORRIENTES FUNDAMENTALES EN LOS SIGLOS XIX Y XX.

1. El Positivismo Jurídico en Inglaterra	1
1.1. Thomas Hobbes	2
1.2. John Locke	4
1.3. David Hume	5
1.4. Jeremias Bentham	7
2. El Positivismo Jurídico en Europa	8
2.1. Ludwig Knapp	8
2.2. Adelf Merkel	9
3. La importancia de la Teorías de Karl Borgbohm	9
4. La Jurisprudencia	12
5. La Interpretación y su Problemática	14
6. Aspectos Relevantes de la Dogmática Jurídica	17

B) LAS DIVERSAS TEORIAS GENERALES DEL DERECHO.

1. La Escuela Analítica	23
1.1. John Austin	23
1.2. Adolf Merkel y Rudolf Bierling	24
1.3. Felix Somló y Karl Wolff	25
2. Kant y la Corriente Neokantiana	26
2.1. Hermann Cohen	26
2.2. Rudolf Stannaler	29

3. La Teoría Fenomenológica	30
3.1. Kaufmann Felix	30
4. La Teoría Pura de Hans Kelsen	31

CAPITULO II: LA VISION CIENTIFICA DEL DERECHO Y SUS

LIMITACIONES ANTE LA FILOSOFIA JURIDICA.

A) LA CIENCIA Y EL DERECHO.

1. Problemática de la definición de ciencia	37
2. La Ciencia Clásica y sus objetos: material y formal	40
3. El Conocimiento Científico	43
4. El Derecho como Objeto del Conocimiento Científico	45
5. La Verificación y su Papel en el Conocimiento Científico.	47

B) LA FILOSOFIA JURIDICA Y SU OBJETO MATERIAL.

1. La Filosofía del Derecho como Ciencia Jurídica Suprema	49
2. El Derecho como Objeto Material Jusfilosófico	50
3. Los Tres Problemas Filosóficos Respecto al Ente Jurídico.	53
4. La Finalidad Fáctica y Axiológica del Derecho en las Sociedades Humanas	57

C) LA METODOLOGIA EN LA JUSFILOSOFIA Y EL LA CIENCIA DEL DERECHO.

1. Los Métodos en la Filosofía del Derecho	59
2. El Método Científico Jurídico	62
3. El Logro del Objetivo Gnoseológico en la Jusfilosofía y en la Ciencia Jurídica Positiva	64

CAPITULO III. ANALISIS DE LOS PRINCIPALES POSTULADOS DE LA

PUREZA JURIDICA KELSENIANA.

A) LA PUREZA METODOLOGICA DE HANS KELSEN.

1. La Reducción del Ente Jurídico a su aspecto legal	66
--	----

2. La Identificación del Ente Jurídico y el Ente Estatal . . .	68
3. La Desumanización del Derecho Kelseniano	71
4. La Desvirtuación de la Función Jurídica	74
B) LA NEGACION DE KELSEN A UNA AXIOLOGIA JURIDICA.	
1. La Separación Irreductible de la Moral y el Derecho . . .	77
2. Los Fines Estatales como Valores del Derecho	79
3. La Negación del Aspecto Axiológico Jurídico	86
4. La Inexistencia de la Justicia y su Vaguedad	87
0) EL ANALISIS KELSENIANO DE LA NORMA JURIDICA.	
1. El Ser y el Deber Ser en la Teoría Kelseniana	89
2. La Norma como Supuesto Hipotético Formal	92
3. Las Problemáticas Formales de la Hipótesis Jurídica . . .	95
4. La Pirámide Normativa de Hans Kelsen	98
5. La Norma Hipotética Fundamental Kelseniana	104
CAPITULO IV. LA TEORIA PURA DE HANS KELSEN Y SU REDUCCION AL AMBITO METODOLOGICO.	
A) LAS CONTRADICCIONES EN LA TEORIA KELSENIANA.	
1. Una Teoría General Limitada	108
2. Un Derecho sin Valor Fático ni Ético para el Integrante Social	111
3. Una Estructura Hipotética y no Ética de la Norma . . .	115
4. La Contradicción Respecto a la Justicia	119
5. La Existencia de Elementos Metajurídicos en la Doctrina Kelseniana	122

**B) LA INFLUENCIA DE LA CORRIENTE CIENTIFICA Y SUS CONSECUENCIAS
EN LAS LIMITACIONES KELSENIANAS.**

- 1. La Ausencia del Factor Social en el Ente Jurídico . . . 127**
- 2. La Reducción de Aspectos Jusfilosóficos a la Positividad Científica 129**
- 3. La Confusión e Inconclusión de la Doctrina Kelseniana . 130**

**C) LA REDUCCION DE LA PUREZA KELSENIANA AL ASPECTO
METODOLOGICO.**

- 1. La Imposibilidad de una Aplicación Intgra de la Teoría Pura al Ente Jurídico 134**
- 2. La Teoría Pura de Kelsen: una Lógica Formal 137**

Conclusiones.

Bibliografía.

I N T R O D U C C I O N

En el mundo de la Jusfilosofía, hablar de Hans Kelsen, es hablar de uno de los genios más completos de todos los tiempos; es hablar de uno de los tratadistas más importantes en este ámbito; es hablar del más grande de los representantes del Positivismo Jurídico y es hablar del autor de una de las obras invaluable dentro de la Filosofía del Derecho. Siendo verdad que por las obras se conocen a los hombres, la magnificencia de la obra Kelseniana, es proporcional a la magnificencia del autor de ella. No es de extrañar entonces, que si la obra ha recibido una serie de críticas a veces menos radicales y en otras, excesivamente feroces, el autor fuera criticado en igual forma, tanto por sus colegas seguidores de los lineamientos positivistas del Derecho, como por sus detractores, los integrantes de la corriente Jusnaturalista.

Para algunos seguidores del positivismo jurídico, Kelsen muestra blandura al conceder importancia a cuestiones valorativas y a implicaciones éticas en el campo de lo jurídico, al reconocer que la Justicia existe, por ejemplo, el máximo exponente de la escuela neopositivista, rompe con esquemas ya identificados con esta escuela. Por otra parte, los Jusnaturalistas, atacan la obra y a Kelsen, aduciendo que no existe una Teoría General Científica en el campo del Derecho ni tampoco este rasgo de cientificidad en lo jurídico. Tampoco aceptan la llamada Pureza Metódica o Metodología como un método adecuado para el análisis del ente jurídico o de Derecho, por el planteamiento Kelseniano de extraer todo elemento metajurídico al analizarlo o estudiarlo como objeto.

En el presente trabajo, esta propuesta de Kelsen se valora y se desglosa, dando como resultado una reducción de su Teoría Para y de su aspecto general al de una lógica, formal y limitada por tanto, pero no obsoleta, superficial o disparada como algunos críticos pretenden mostrarla.

Hans Kelsen expuso sus ideas, las pulió y las revisó siempre. Esta labor tenía, forzosamente que ir limpiando, abrillantando cada concepto, cada relación entre los elementos analizados la doctrina Kelseniana se iba enriqueciendo más y más, pero el límite de lo humano, marcado por la temporalidad impidió que el maestro concluyera su obra, o que éste alcanzara aún más claridad y riqueza. La continuidad de la obra ya no corresponde sino a los seguidores de Kelsen y obviamente, éstos tomarán diversas posturas al desarrollar sus trabajos.

Es imposible determinar hasta qué punto hubiera llegado la obra Kelseniana continuada por su autor; cuáles directrices hubiera marcado y cuál giro hubiera dado a sus Teorías. Es imposible también otorgar a dicha obra un valor específico; esta Teoría, o mejor expresado, este complejo de Teorías Jusfilosóficas, ambiciosas en sus metas y mal comprendidas en sus límites, presenta una vectoria para el análisis y la controversia, en el campo de la Filosofía Jurídica. Sólo resta aclarar, que el campo de la ubicación de la obra de Hans Kelsen, debe colocarse en el punto correcto: en relación en el objeto formal Jusfilosófico.

" La teoría pura del derecho es una teoría del derecho positivo, del derecho positivo en general y no de un derecho particular ".

HANS KELSEN

KELSEN HANS, La Teoría Pura del Derecho, Trad. Moises Nieve.
Ed. Universal Buenos Aires Argentina. 1977. p. 15.

**CAPITULO I. UBICACION HISTORICA Y DOCTRINARIA DE LA
TEORIA GENERAL DEL DERECHO DE HANS KELSEN.**

**A) EL POSITIVISMO JURIDICO Y SUS CORRIENTES FUNDAMENTALES
EN LOS SIGLOS IX Y XI.**

- 1. EL POSITIVISMO JURIDICO EN INGLATERRA.**
- 2. EL POSITIVISMO JURIDICO EN EUROPA.**
- 3. LA IMPORTANCIA DE LAS TEORIAS DE KARL BERGBOHM.**
- 4. LA JURISPRUDENCIA.**
- 5. LA INTERPRETACION Y SU PROBLEMATICA.**
- 6. ASPECTOS RELEVANTES DE LA DOCTRINA JURIDICA.**

B) LAS DIVERSAS TEORIAS GENERALES DEL DERECHO.

- 1. LA ESCUELA ANALITICA.**
- 2. KANT Y LA CORRIENTE NEOKANTIANA.**
- 3. LA TEORIA FENOMENOLOGICA.**
- 4. LA TEORIA PURA DE HANS KELSEN.**

CAPITULO I

UBICACION HISTORICA Y DOCTRINARIA DE LA
TEORIA GENERAL DEL DERECHO DE HANS KELSENA) EL POSITIVISMO JURIDICO Y SUS CORRIENTES FUNDAMENTALES
EN LOS SIGLOS XIX Y XX.

1. EL POSITIVISMO JURIDICO EN INGLATERRA.

Las diversas y oruestras filosofías jurídico-políticas de Hobbes y de Locke ejercieron notoria acción en las luchas públicas inglesas, suministrando al fin, la teoría de Locke el patrón para el régimen constitucional democrático liberal de la Gran Bretaña.

Aquella filosofía jurídico-política inglesa, de carácter liberal y democrático, tan elogiada como digno modelo por Montesquieu, unida primero al pensamiento continental de la ilustración sobre todo a las doctrinas de la Escuela Clásica del Derecho Natural; después a las ideas de los enciclopedistas franceses y, finalmente, combinada con la concepción de Mousseau, abrieron el camino a las Declaraciones de Derechos del Hombre y del ciudadano de la Revolución Norteamericana y de la Revolución francesa. Ese tipo de filosofía jurídica inspiró el cambio del régimen absolutista al régimen constitucional en muchos Estados europeos, así como en los pueblos hispanoamericanos en el siglo XIX.

Las varias doctrinas de filosofía social del siglo XIX y tam

bién del XX, las cuales albergan importantes criterios de estima
tiva jurídica, han contribuido decisivamente a la reforma del D
recho Positivo, dando a éste una función de solidaridad y cooper
ación social.

Inmediatamente pasaremos a analizar alguno de los inter
és más destacados de los siglos XIX y XX.

1.1. THOMAS HOBBES.

A diferencia de la tendencia científica considerada integral
mente, Hobbes se atuvo casi en exclusiva al discernimiento deduc
tivo, relegando el aspecto de la observación. De esta manera, en
te autor pretende construir una Teoría del Derecho de forma geomé
trico-demostrativo; en consecuencia, como todo el racionalismo é
tico, considera que la felicidad del hombre se alcanzaría si se
 conocieran las reglas de las acciones humanas, con la misma certe
za como se conocen las magnitudes en geometría.

Dicha observación no cabe en este esquema; por lo tanto no
 constituye un método científico, además de que el elemento racio
nal -la deducción geométrica-, no se encuentra vinculada a la ob
servación. Podemos decir que en Hobbes, el método es formalmente
 científico y materialmente metafísico.

Analizando la doctrina de Hobbes, este autor considera que,
 biológicamente, los hombres son entre sí, muy semejantes; de esta
 igualdad, procede la desconfianza, mutua ante el temor que el o
tro lo domine, pues cada uno desea tomar la gloria para sí, por
 lo que surgen las tres clases diferentes de discordia: la comp

tencia, la desconfianza y la gloria.

"La primera causa impulsa a los hombres a atacarse para obtener un beneficio, la segunda para lograr la seguridad; la tercera para ganar la reputación". (1)

Establece Hobbes que en un Estado tal, al no existir poder común, la ley no existe y en consecuencia tampoco la justicia. Por lo que el Derecho Natural es la libertad que cada hombre tiene de usar su propio poder como quiera, para la conservación de su propia naturaleza, es decir, de su propia vida y por consiguiente, para hacer todo aquello que su propio juicio y razón considere como los medios más aptos para lograr ese fin. En cambio, la Ley de naturaleza es un precepto o norma general, establecida por la razón, en virtud de la cual se prohíbe a un hombre seguir una conducta que pueda destruir su vida o privarlo de los medios de conservarla; o bien, omitir los actos necesarios para que su existencia quede preservada. Entonces Derecho consiste en la libertad de hacer o de omitir, mientras la Ley determina y obliga a una de esas dos cosas.

Establece que el poder debe ser omnímodo para poder mantener la paz y el orden, por lo mismo, el súbdito carece de facultad alguna para castigar al gobernante, no encontrándose éste obligado a cumplir con las Leyes civiles por él promulgadas.

(1) HOBBS, Tomás, Leviatán, tl, trad M Sánchez Sarto, Sarpe, Madrid, 1983, p. 135.

1.2. JOHN LOCKE.

En contraposición a Hobbes, Locke piensa que en el estado natural del hombre reina la libertad, la igualdad y una perfecta armonía. La razón natural sólo permite castigar a aquel que perjudica su vida, salud o bienes. Dentro de los derechos naturales propios de la naturaleza humana, existe el de propiedad, mismo que se encuentra limitado por la capacidad de consumo del individuo.

Sin embargo, el estado de naturaleza implica algunos inconvenientes, tales como que cada individuo se constituye en juez de su propia causa, lo que hace necesario el establecimiento de la sociedad.

En la sociedad se objetivizan las normas de conducta en leyes, mismas que son establecidas y aprobadas por jueces imparciales que se encuentran respaldados por un poder coactivo capaz de asegurar la ejecución de sus decisiones. (2)

Todo gobierno bien organizado debe adjudicar la potestad legislativa y la ejecutiva a deferentes departamentos. La razón de esta exigencia es tanto funcional como política; funcional, debido a que la actividad estatal que corresponde a cada una de esas potestades es de diversa naturaleza; política, porque así se evita la concentración del poder, en un solo titular con lo que se elimina la posibilidad de que se cometan abusos por parte de éste,

(2) CHEVALLIER, Jean Jacques, Los Grandes textos Políticos de Maquiavelo a nuestros días, trad Antonio Rodríguez Huescar, Aguilar, Madrid, 1981, pp. 91-93.

contra los gobernados.

El poder supremo es el legislativo pues es el alma del cuerpo político; pero este poder no está autorizado a extenderse más allá de lo que exige el bien público, ya que la libertad individual, propia del estado de naturaleza, subsiste, por lo que el legislativo no puede poseer una facultad que no sea propia de los poderes que intervinieron en la formación de la sociedad.

Finalmente, Locke estima que al ser el poder un depósito confiado a los gobernantes en provecho del pueblo, éste es el verdadero soberano y no el legislativo. El ejercicio del poder soberano es otorgada representativamente por el pueblo, tanto al ejecutivo como al legislativo, justificándose tal delegación en cuanto que se obtenga con ello un beneficio general. Cuando el ejercicio del gobierno no implica un beneficio público, el pueblo puede juzgar y sancionar cualquier anomalía.

1.3. DAVID HUME.

Se considera generalmente que David Hume es un filósofo puramente negativo, típicamente el escéptico cuyo principal propósito y logro consiste en reducir las teorías de sus predecesores empiristas. Esta opinión, que en parte se inició en los mismos días de Hume, fue poderosamente fomentado en el siglo XIX por los historiadores de la filosofía que veían todos los cambios intelectuales como pasos necesarios en el predeterminado proceso de desarrollo de algo llamado la historia. Dentro de dicho esquema, el papel asignado a Hume consistía en llevar la filosofía empirista de

Locke a su increíble conclusión lógica, preparando así la escena para Kant y eventualmente, para la final liberación hegeliana.

Hume es un filósofo de la naturaleza humana, y como humanista propuso una nueva teoría o concepción del hombre, en la cual, expresa mucho mejor el ilimitado optimismo de la ilustración que el sagaz negativismo de un hombre colocado en el extremo de una cadena intelectual. Aunque en la mayoría de sus detalles ha sido rechazada, el espíritu y los lineamientos generales de esa teoría en buena medida nos acompañan hoy en día, ya que representan todavía, para muchos, el auténtico paradigma de lo que es tener una explicación de algo, y por tanto, en particular, lo que es comprender el comportamiento humano.

La ciencia del hombre de Hume no solamente requiere principios generales o universales. Estos deben obtenerse por medio de lo que llama "el método experimental de razonamiento". Por tal método se atiende específicamente sólo aquellas conclusiones que están de algún modo autorizadas o apoyadas por la experiencia. Hume cree que "el método experimental de razonamiento" llevará a mejoras análogas en la ciencia del hombre o en "materias morales" Hume no se considera a sí mismo como el primer practicante de esta nueva ciencia, pero sí piensa que su teoría es más completa y sistemática que las anteriores.

1.4. JEREMIAS BENTHAM.

La obra del filósofo inglés Jeremias Bentham (1748 - 1832), creador del moderno sistema utilitarista en la ética y en el Derecho, no contiene explícitamente una impugnación contra el uso del método deductivo en la aplicación judicial del Derecho.

Bentham critica ciertamente de modo acerbo la concepción racionalista del Derecho Natural al modo de la Escuela Clásica; y, por consecuencia, rechaza el método deductivo para la creación de Derecho, consistente en partir de principios abstractos y extraer de ellos consecuencias, ilimitadamente, por medio de inferencias. Pero en la obra de Bentham no hay un enjuiciamiento crítico de los métodos deductivos para el desenvolvimiento de la función judicial, enjuiciamiento que en cambio es característico de las múltiples direcciones de pensamiento jurídico.

Entre los puntos vivos del pensamiento de Bentham figura su propósito de juzgar las leyes desde el punto de vista de los efectos reales que ellas producen. Leyes buenas o justas serían aquellas que al ser aplicadas producen efectos buenos; mientras que leyes malas o injustas serían las que al ser llevadas a la práctica causan efectos malos. Bentham creía poseer un criterio objetivo para calificar esos efectos, mediante su idea de la utilidad, según la cual bueno es lo que produce placer y malo lo que causa dolor; y desde el punto de vista social, bueno o justo es lo que tiende a aumentar la suma total de felicidad de todos o por lo menos del mayor número de los individuos.

Es también importante tomar en consideración el hecho de que Bentham trató de desenvolver un método para estimar objetivamente la utilidad y el perjuicio social. Ese método, aunque Bentham lo llamaba "cálculo", no consistía en una fórmula matemática, sino que se basaba en una clasificación muy ingeniosa de las especies de lo agradable y lo desagradable, y de las mutuas relaciones entre ellas.

Es justo reconocer que por debajo de esos métodos, harto discutibles, late una idea certera en el fondo, y que hoy, depurada, tiene viva actualidad y decisivo alcance: la idea de que la función del Derecho consiste en determinar, en el conjunto y en la pugna de los intereses que se manifiestan dentro de una determinada área social, cuáles son los intereses valiosos (dignos de ser tomados en consideración), y cuáles son los intereses antivaliosos; igualmente establecer entre los intereses valiosos la justa prelación de jerarquía; así como también hallar las fórmulas para conciliar el mayor número posible de los intereses lícitos.

2. EL POSITIVISMO JURÍDICO EN EUROPA

2.1. LUDWIG KNAPP.

De la doctrina de Ludwig Feuerbach, según la cual las imágenes intelectuales no son sino creaciones libres del hombre, su discípulo, Ludwig Knapp, desprendió para la ciencia del derecho la tesis de la inexistencia, tanto de una objetiva del derecho cuanto de un derecho natural. Según Knapp, no puede existir un

contenido jurídico inmutable: expresamente subrayó que la jurisprudencia "recibe sumisamente su materia de una fuerza exterior, y que nuevamente la pierde por la acción de esa misma fuerza".(3) Lo permanente -dico Knapp- no es el contenido, sino la corteza, quiere decir, la forma del Derecho.

2.2. ADOLF MERKEL.

Una de las primeras iniciativas en favor de una "teoría del derecho" la encontramos, dentro del Continente Europeo, en Adolf Merkel, en su artículo sobre las relaciones entre la Filosofía de Derecho y el Derecho positivo y la parte general de éste, siguió las ideas de Ludwig Knapp; en ese trabajo desarrolló el programa del positivismo jurídico; insistentemente combatió todo género de metafísica, incluyendo dentro de ella a la idea del espíritu del pueblo; su concepción monista de la ciencia del derecho, tomada de la ciencia de la naturaleza, excluyó toda posibilidad de un orden jurídico normativo superpuesto al derecho positivo, este escritor opuso al contenido variable del derecho positivo las formas jurídicas, comunes a todo orden jurídico.

3. LA IMPORTANCIA DE LAS TEORIAS DE KARL BERGBOHM.

La ola antimetafísica alcanzó su cúspide, en lo que concierne a la Filosofía del Derecho, en la obra de Karl Bergbohm, Jurist

(3) KNAPP, System der Rechtsphilosophie, 1875, p. 239.

prudencia y Filosofía del Derecho, publicada en 1892; ahí se concluyó en la posibilidad del derecho natural, Bergbohm andujo tres argumentos principales en apoyo de su tesis:

1. No existe ningún principio ético general. Cada moral es tá condicionada por el tiempo y por la comunidad de la práctica.
2. El derecho vale únicamente para una situación histórica , determinada.
3. No puede coexistir el derecho natural y el positivo, pues cada uno de esos sistemas excluye al otro. (4)

El primer argumento, corresponde a la postura del relativismo jurídico, estuvo representada hace varios siglos por la sofística pero quedó más tarde refutada por Platón y Aristóteles. Los dos filósofos griegos hicieron notar que la naturaleza humana está dirigida hacia un fin determinado, que debe ser realizado por el hombre a efecto de lograr el perfeccionamiento de su naturaleza. El conocimiento de la naturaleza humana proporciona únicamente los principios generales y en manera alguna un sistema completo del bien obrar, lo que por lo demás no sería posible, ya que el hombre es un ser histórico que vive situaciones diversas y que, consecuentemente, se ve colocado ante tareas también distintas.

El segundo argumento de Bergbohm carece asimismo de fundamento, pues la vida social revela la existencia de algunos elementos tipos que parecen una y otra vez y que constituyen modelos-tipo

(4) BERGBOHM Karl, Jurisprudencia y Filosofía del Derecho, 1892, pp. 175, 372, 381, 384, 403, 425 y 455.

para el orden de la conducta colectiva. La causa de esta tipificación consiste en que, tanto en la naturaleza humana como en el mundo exterior que rodea al hombre, se dan algunas estructuras fundamentales, que permanecen constantes en el devenir histórico, siendo, de advertir que estas constantes tienen mayor influencia sobre el derecho que sobre la moral, según se deduce de la historia del derecho y de los estudios de derecho comparado; su existencia es la demostración de la falsedad del segundo argumento de dicho tratadista.

El tercer argumento, de este autor consistente en que el derecho natural y el positivo de un Estado determinado integran cada uno un sistema hermético, es una petición de principio, pues la cuestión por resolver es, precisamente, la pregunta sobre si cada uno de ellos es, en verdad, un sistema hermético o si se encuentran en una cierta relación.

La imposibilidad de la naturaleza hermética de un orden jurídico se deduce, además, de la circunstancia de que cada orden jurídico se compone de mandamientos cuya obligatoriedad es indispensable demostrar; en consecuencia, tenemos que preguntar por la razón de su obligatoriedad. Bergbohm contesta diciendo que una norma deviene derecho positivo "cuando es expedida por una autoridad legislativa competente, siguiendo el procedimiento externo requerido por la historia como la fuente adecuada para revestir a la norma con la cualidad de lo jurídico". (5)

(5) *Ibid.* p. 549.

Pero la respuesta no es satisfactoria, pues deja abierta la pregunta respecto al origen de la competencia de la autoridad para crear, mediante un determinado proceso externo, normas obligatorias. La verdadera respuesta se encuentra en la admisión de la existencia de una norma colocada mas allá del derecho positivo de la que deriva la competencia de la autoridad, solución que demuestra que el derecho positivo no puede ser un orden herético y que por el contrario, cada orden jurídico mira siempre hacia un orden superior.

4. LA JURISPRUDENCIA

La Escuela de jurisprudencia siguiendo a los adversarios de la escuela histórica considera que la ciencia del derecho no sólo debe ser analítica, sino también creadora, buscando lograr tal fin exclusivamente mediante la construcción de conceptos.

Esta tendencia se caracteriza por tratar a los conceptos, jurídicos con reglas de lógica formal, a través de las cuales se construyen sistemas de gran arte racional, pero de muy poca significación práctica.

Puchta, alumno de Savigny, construyo un sistema formal de tipo lógico a base de conceptos jurídicos. Partiendo de un concepto supremo a priori, a saber, el concepto de libertad kantiano, deduce el concepto de sujeto de derecho como una persona y el de derecho subjetivo como el de una persona sobre un objeto, llegando posteriormente hasta conceptos infrajurídicos, mismos que son analizados en relación a su jerarquía con respecto al superior.

cepto formal y no en cuanto a su contenido. (6)

Jhering, llegó a desarrollar un método al que llamo históric
co-natural; de acuerdo con él, la ciencia del derecho debe descom
poner los institutos jurídicos en proposiciones jurídicas y éstas
a su vez en sus elementos lógicos más elementales, tales elemen
tos lógicos, se someten a las reglas de la lógica formal mismas
que al integrarlos unos con otros crean nuevas proposiciones jurí
dicas.

Con el uso del análisis inductivo se llega a formar un grupo
jurídico con racionalidad lógica en sí mismos, que sirve como mol
de formal a través del cual se hace inteligible el derecho. A en
ta operación que va de concepto a concepto se le denomina método
histórico natural de la jurisprudencia. (7)

El instituto jurídico para Jhering, es un complejo concep
tual, no un complejo real como para Savigny, por lo mismo, el mé
todo histórico-natural del primero constituye un sistema que se
mueve de lo abstracto a lo abstracto, del concepto al concepto,
perdiéndose en un formalismo lógico aún mientras más se desarro
lla, más se separa de la realidad. Muy diferente resulta el sis
tema del segundo, pues al elevarse de lo abstracto a lo concreto
se entrega a la existencia del fenómeno jurídico, de tal manera,
que el conocimiento de éste es su estructura lógica de inteligibi
lidad autónoma independiente del fenómeno que pretende conocer.

(6) LARENZ Karl, Metodología de la ciencia del derecho, trad. En
rique Gimberant Ordeig, Ariel, México, 1966, pp. 39-41.

(7) Ibid. pp. 36-38.

Para Windscheid, la racionalidad del derecho viene ya determinada por la voluntad del legislador, de tal manera, que la interpretación de la ley en su sentido amplio debe concretarse exclusivamente a desentrañar el significado de los símbolos, que el legislador les atribuyó al momento de elaborar la ley. Los elementos de inteligibilidad del derecho, son para Windscheid los conceptos o proposiciones jurídicos, de cuya correcta aprensión se obtiene el lazo lógico que une a los unos con los otros en un sistema lógico jurídico. (8)

5. LA INTERPRETACION Y SU PROBLEMÁTICA

Con el movimiento codificador al que ingenuamente se le atribuyó la cualidad de disolver sin residuos toda la realidad del derecho en proposiciones jurídicas claras y estables, surgió en Francia una doctrina que respondió a las necesidades que planteaba la nueva era del derecho y a la que se le dio el nombre de Escuela de la Exégesis. Los exégetas, a tono con las concepciones de la época, redujeron el derecho a la ley, entendiendo que ésta no constituye sino la forma de expresión más perfecta de la voluntad del legislador. De esta forma, la exégesis rindió culto ciego a la lectura de la ley, cuando las palabras que contiene la ley no son claras y dejan lugar a dudas sobre el sentido que llevan implícito se debe recurrir a la intención del legislador a su voluntad.

(8) Ibidem, pp. 42-45.

En el extremo opuesto de la tendencia expuesta anteriormente se encuentra la Escuela del Derecho Libre, que surgió en Alemania hacia finales del siglo XIX. Esta tendencia opina que constituye una aspiración muy pobre sujetar el derecho a los estrechos límites y formalismos del texto de la ley sosteniendo, en consecuencia, que las leyes deberán comprenderse de acuerdo con las necesidades sociales de la época y el lugar en que se interpretan, llegando incluso a establecer que al juez le está permitido oponerse a la ley cuando sus exigencias choquen con las aspiraciones y necesidades sociales, con lo que se le faculta a crear el derecho incluso esto implica una violación a la ley.

Las dos tendencias comentadas no son las únicas, pero sí las más radicales en sentido inverso la una de la otra y, por lo mismo, las que cabe tomar como marco de referencia para determinar como en la realidad interpretan las autoridades los ordenamientos jurídicos.

La Escuela de la Exégesis gira al rededor de las expresiones de los significantes como algo objetivo dotado de validez para todos por igual y de manera uniforme; por el contrario, la Escuela del Derecho Libre atribuye valor decisivo a la labor subjetiva de intérprete en la tarea de fijar y precisar los casos y pormenores de aplicación de las normas jurídicas.

En la realidad, las necesidades de seguridad jurídica, precisión y previsibilidad de las conductas, exige que la interpretación objetiva sea la exigida por el sistema jurídico, y por lo mismo la primordial vía válida para determinar el significado del derecho. En otras palabras, se puede decir que el sistema de de

recho escrito implica la interpretación objetiva de las proposiciones normativas, dejando a la interpretación subjetiva como un recurso último y, ciertamente, poco deseado.

Cuando definitivamente se supera el objetivismo extremo de la Escuela de la Brégesis, es al desentenderse de la voluntad concreta del legislador, cuando las circunstancias sociales y las razones históricas que dieron origen a la ley han sido superadas pues ésta se deberá aplicar a nuevas situaciones que no pudo tener en cuenta el legislador.

En la realidad y ante un caso concreto el intérprete advierte que a pesar de todo tipo de métodos de interpretación de la ley, que permiten desarrollar extensivamente el contenido de las proposiciones normativas, siempre quedan aspectos no previstos por éstas y que sin embargo se deben resolver por el derecho.

Por lo tanto el fin inmediato del intérprete ha de consistir en desentrañar la significación de la expresión jurídica. Se habla de desentrañar el sentido, porque éste debe hallarse implícito en la expresión que se interpreta. Los signos que la integran son tales en cuanto que algo significan si nada significasen no serían signos auténticos y la interpretación resultaría imposible. (9)

(9) REGASENS Siches Luis, Nueva Filosofía de la interpretación del derecho, ed. Porrúa S.A. tercera ed. México 1980, pp. 33-67.

6. ASPECTOS RELEVANTES DE LA DOGMÁTICA JURÍDICA

Mientras la aceptación científica de la verdad de una proposición empírica supone que se cuente con pruebas de validez intersubjetiva, la creencia dogmática se integra con la mera convicción subjetiva; la *fé*.

Las normas no son posibles de ser calificadas como verdaderas o falsas, pero sí como justas o injustas, convenientes o inconvenientes, oportunas, gravosas o tolerantes, razonadas o caprichosas, etcétera.

Dada esta característica distintiva del uso del lenguaje normativo, se dirá que se acepta "racionalmente" una norma si se la sostiene u obedece luego de haberla confrontado con determinados criterios de justicia, conveniencia, oportunidad, etc., y que se la acepta "dogmáticamente" si se la sostiene u obedece sin una previa confrontación con criterios de esa especie (los criterios, a su vez, pueden ser aceptados dogmáticamente).

Una forma de justificar la verdad de una proposición es mostrando que deriva lógicamente de otra proposición cuya verdad está demostrada. Con respecto a las proposiciones la derivación tampoco puede ser indefinida, y en algún punto nos encontraremos, con proposiciones que no se las haga derivar de otras, por consiguiente, su verdad ha de ser establecida confrontándolas con los hechos.

Ciertamente, no se puede dar una fórmula más precisa de la esencia del derecho en sentido objetivo que diciendo que es la voluntad general. Ella y sólo ella esta que hace al derecho real y

y verdadero, regla de derecho a las ideas contenidas en las leyes y en las costumbres. Sin esa manifestación constante, las ideas jurídicas son ideas y opiniones como cualquier otra, pero no reglas de derecho.

Hay algunos escritores de teoría general del derecho que, entremescladas entre elaboraciones acerca del derecho, han hecho algunas observaciones importantes acerca de la labor de los juristas: en especial Kelsen, Ross y Hart entre otros, y también Carrío, en nuestro medio. Estos autores mostraron algunos de los vicios más claros del esquema conceptual que utiliza la dogmática jurídica.

Los abogados prácticos saben que con frecuencia la suerte de un asunto depende en buena parte de la opinión de un jurista prestigioso, y cuando preparan un caso revuelven ansiosos las bibliotecas en busca de respaldo dogmático para su posición. Los jueces no sólo justifican sus decisiones en textos legales y en precedentes, sino también en opiniones doctrinarias. Los legisladores toman en cuenta, de modo principal, las interpretaciones dogmáticas en torno a una materia cuando se proponen normarla. Los profesores de derecho no solamente enseñan leyes y sentencias, si no que divulgan también doctrinas de escritores.

Estos hechos obvios, son demostrativos de que la actividad dogmática cumple una función relevante en la vida social y que no consiste, como muchas críticas parecen sugerir, en un parloteo vano. Por otra parte los propios juristas saben que su actividad está sujeta a reglas metodológicas con algún rigor y que los resultados que obtienen son evaluables por otros dogmáticos en base

a criterios compartidos.

Ne obstante, los hechos mencionados no han motivado suficientemente a los teóricos del derecho para investigar cuáles son los ideales y las funciones de la dogmática, tal cual se desarrolla efectivamente. En general, se han conformado con certificar las notorias diferencias entre ella y las actividades científicas y proponer un esquema de ciencia del derecho, en concordancia con los ideales presupuestos por tales actividades.

De lo anterior se delinean algunos componentes de la ideología dogmática, que sirven para establecer las funciones de la actividad de los juristas:

- a) El dogma de que los jueces deben aplicar el Derecho, tal como fue sancionado por el legislador.
- b) El ideal de que los jueces adecúen sus decisiones a los estándares valorativos vigentes.
- c) La concepción de que el derecho positivo no tiene lagunas ni contradicciones y que las normas que lo constituyen tienen un significado unívoco.

El dogma de la aplicación del derecho es incompatible muchas veces con el ideal de que las soluciones individuales se conformen a pautas valorativas aceptadas. Sin embargo, este conflicto, generalmente, no es reconocido por la dogmática y, para mantener la adhesión a ambos ideales, recurren a un complicado aparato conceptual, como el del legislador racional, que le permite presentar a las normas creadas por el jurista en atención a valorativos vigentes como incluidas de alguna manera en el derecho positivo.

La mayoría de los grandes dogmáticos consideran como ideal de su actividad no crear nuevo derecho, ni proponer soluciones normativas en consideración a las consecuencias prácticas, sino principalmente descubrir sus principios implícitos. Para ello utilizan un variado instrumental que incluye teorías sobre la naturaleza jurídica de un instituto criterios selectivos de normas jurídicas; teorías sobre la finalidad de una regulación; clasificaciones pretendidamente "naturales"; definiciones "reales"; pautas para interpretar la "verdadera" voluntad del legislador; principios supuestamente necesarios a todo derecho, como el de clausura principios característicos de determinados sistemas políticos, como el *nullo crimen sine lege*, *nulle poeno sine culpa* y *non bis in idem*; reglas derivadas de una pretendida estructura de los conceptos fundamentales del derecho, como las que disponen las consecuencias del "abuso del derecho", la "función social de la propiedad", la "autonomía de la voluntad contractual", la "no exigibilidad de otra conducta" como causal de inculpabilidad y el "consentimiento del interesado" como causal de justificación; etc.

Este instrumental permite, mantener ante ellos mismos y ante los demás el ideal manifiesto de los juristas de describir lo que está implícito en el orden jurídico. Pero a este ideal declarado le corresponde la función latente de reformular el derecho legialado de tal manera a eliminar las contradicciones completar las lagunas, suprimir las redundancias, restringir el grado de vaguedad y ambigüedad del lenguaje del legislador, y, principalmente, adecuar el derecho a las valoraciones sociales vigentes.

Quizá sería altamente beneficioso que la dogmática jurídica abandonara la fachada descriptiva de su actividad, que le lleva a cometer tantas confusiones conceptuales, y abiertamente propusiera soluciones normativas originales en base a las consecuencias valorativas de las mismas, como lo quiere la "jurisprudencia de intereses". Pero esto sólo podría darse en un contexto social que permitiera manifiestamente a los jueces, principales destinatarios de la tarea dogmática, completar el derecho en caso de lagunas, elegir una de dos normas contradictorias por motivos axiológicos, determinar el significado de normas vagas y ambiguas por sus consecuencias y aun declarar la cesantía de una norma legislativa cuando fuertes razones valorativas lo exigen. Es posible que, en atención a la necesidad de controlar los actos sociales, haya que esforzarse para que se dé este contexto en que los jueces declaran abiertamente lo que hacen y manifiestan su labor creativa; si es así, quizá la mejor forma de lograrlo es mostrar todos los vicios del aparato conceptual que los juristas proveen a los jueces junto con soluciones normativas originales. Pero cualquiera que sea la posición ante la cuestión, lo cierto es que, a pesar de sus errores conceptuales, la labor de los juristas responde a pautas racionales y sus resultados pueden ser evaluados conforme a criterios intersubjetivos.

Finalmente, la Escuela Dogmática, considera que el Derecho, en su aspecto positivo o material se halla concretizado en la realidad y consiste en la Jurisprudencia, es decir, en una recopilación sistematizada y organizada de lo jurídico una base material que marca lineamientos a lo inmaterial jurídico, una realidad

que predice, dirige y delimita la abstracción del Derecho, es decir, nace la verdad científica o dogma jurídico válido, en su ente de Derecho.

Siguiendo las direcciones que esta corriente Jiusfilosófica marca, surge la figura del representante positivista más grande y completo que ha existido: Hans Kelsen y su obra, la Teoría General que abarca al Estado y al Derecho, en su método puro o exclusivamente jurídico, de delimitación.

B) LAS DIVERSAS TEORIAS GENERALES DEL DERECHO

1. LA ESCUELA ANALÍTICA

1.1. JOHN AUSTIN

No solamente la crítica-reformista orientada hacia el derecho positivo tiene sus raíces en Bentham; sino también la corriente analítica-descriptiva del mismo derecho positivo.

En su libro *Lectures of Jurisprudence*, John Austin (1790-1859) continuó el desarrollo de aquella doctrina, señalando las bases de una nueva disciplina, que se conoce con el nombre de "teoría del derecho". Esta postura, a la que durante mucho tiempo no se prestó atención en el Continente Europeo, cobró importancia considerable con el libro del filósofo húngaro del derecho, Felix Somló, *Teoría General Jurídica*, publicada en 1917.

Amigo de Bentham, de James Mill y de John Stuart Mill se debe a Austin un acabado análisis de la naturaleza de la ley (del derecho) como jurisprudencia. Austin concibió las leyes que constituyen el Derecho como un conjunto de mandatos que obligan y que, de no ser obedecidos, producen sanciones. Las leyes no son necesarias en un sentido natural, esto es, no son leyes de la Naturaleza, pero no son tampoco derivadas de mandatos divinos o de normas eternamente válidas. La ley de que habla Austin son concebidos como hechos completamente independientes de valores. El carácter fundamental de toda ley es su carácter imperativo: son los imperativos, y la fuerza que acarrearán con sí, los que pro

ducen las normas legales y no a la inversa.

La Filosofía del Derecho de Austin ha sido descrita por ello como exhibiendo una tendencia a la vez imperativista y positivista.

De lo expuesto se desprende que -según Austin- los elementos fundamentales del derecho positivo son: un poder soberano, el mandamiento, la sanción y el deber.

Austin opuso al derecho positivo a las normas emitidas por otros grupos sociales.

1.2. ADOLF MERKEL Y RUDOLF BIERLING

La primera iniciativa en favor de una "teoría del derecho" la encontramos, dentro del Continente Europeo, en Adolf Merkel que este escritor opuso al contenido variable del derecho positivo las formas jurídicas comunes a todo orden jurídico.

Dicho autor en su artículo sobre las relaciones entre la filosofía del derecho y el derecho positivo y la parte general de éste, siguió las ideas de Knapp, en ese trabajo desarrolló el programa del positivismo jurídico; insistentemente combatió todo que nero de metafísica, incluyendo dentro de ella a la idea del espíritu del pueblo; su concepción monista de la ciencia del derecho, tomada de la ciencia de la naturaleza, excluyó toda posibilidad de un orden jurídico normativo superpuesto al derecho positivo.

Ernst Rudolf Bierling (1841-1919) continuó el desarrollo de esta idea en sus importantísimos libros Crítica de los conceptos jurídicos fundamentales, que apareció de 1877 a 1883, y Teoría de los Principios Jurídicos, que se publicó de 1894 a 1917. A estas

dos obras corresponde el indudable mérito de haber sostenido, en la época de mayor auge el positivismo jurídico, que todo análisis de lo jurídico, incluidos el derecho comparado y la historia del derecho, presupone el conocimiento de lo jurídico es indispensablemente una "teoría de los principios jurídicos" y su finalidad, consiste en la elaboración de aquellos conceptos que hacen a su vez posible el conocimiento científico del derecho.

1.3. FELIX SOMLÓ Y KARL WOLFF

En el ya citado escritor húngaro Felix Somló (1873-1920) encontramos el nuevo florecimiento de la doctrina de Austin dentro del Continente Europeo: Somló partió asimismo del concepto del poder soberano, al que denominó "poder jurídico". Con base en esta idea, definió al derecho diciendo que es "el conjunto de las normas generalmente obedecidas, emanadas de un poder supremo, permanente y omnicomprensivo". (10) Su mérito principal radica en la distinción entre los conceptos jurídicos fundamentales que derivan del hecho mismo del derecho positivo y los conceptos jurídicos que se obtienen del contenido constantemente variable de éste.

De la misma manera que Austin y Somló, también Karl Wolff en su libro la teoría fundamental del deber ser, que vio la luz en

(10) VERDROSS Alfred, La Filosofía del Derecho del Mundo Occidental, trad., Mario de la Gueva, ed., ISEN, México, 1963, p. 285.

1924, parte del hecho del dominio de una persona o grupo de personas sobre otros hombres. Por tanto, el derecho es para él un concepto formal, limitado solamente por la circunstancia de que debe quedar encuadrado dentro del marco de la soberanía del poder. Somló, sin embargo, no define al derecho como la suma de los mandamientos del soberano, sino como lo que "se atribuye al soberano dentro del marco de su soberanía", ya que lo decisivo es, no si efectivamente existe una determinada voluntad en el soberano, si no si es posible suponer dadas las circunstancias del hecho, la existencia de su voluntad.

2. KANT Y LA CORRIENTE NEOKANTIANA

2.1. HERMANN COHEN

Trasladado a Berlín en 1912, residió en la capital hasta su muerte. Fundador de la llamada Escuela de Marburgo y figura máxima del neokantianismo, sus primeros trabajos consistieron en exposiciones y aclaraciones de la doctrina Kantiana. La aparición, en 1902, de la primera parte de su sistema de filosofía, parcialmente anticipado en sus anteriores obras, constituyó la consagración del neokantianismo en su aspecto idealista crítico. Cohen se propone desarrollar hasta sus últimas consecuencias el método trascendental kantiano y atenerse, por lo tanto, más al espíritu que a la letra del kantismo; su orientación fundamental se halla determinada por el propósito de considerar filosóficamente el conjunto de la cultura, que para Cohen se cifra en la ciencia -por

la cual entiende principalmente el saber natural, físico y matemático, en la ética y en la estética, religadas por la unidad de la conciencia. El idealismo de Cohen no equivale a un mero idealismo subjetivo; de acuerdo con su interpretación de Kant, Cohen hace del idealismo una dirección enteramente objetiva, una filosofía en la cual el problema de la dualidad del pensamiento y del objeto queda resuelto por su identificación. Mientras Kant había distinguido entre lo dado y lo puesto, Cohen admite solamente lo puesto, pero éste equivale, más bien que al acto subjetivo del pensar, al contenido objetivo del pensamiento, que de este modo se convierte en fundamento del objeto. El pensamiento no es para Cohen el producto de una actividad subjetiva; es la estructura interna del objeto de la ciencia, el contenido de la conciencia y a la vez el del ser. Por lo tanto, si el ser es el pensamiento también el pensamiento es aquello que se halla puesto en el ser por constituir su contenido esencial. No se trata, consiguientemente como Cohen hace notar con frecuencia, de una negación del mundo externo. Esta negación, que es una posición metafísica no entra dentro del marco de la teoría idealista del conocimiento más que cuando, partiendo de un inexistente dualismo entre la conciencia, y el ser, se pasa al idealismo subjetivista.

La filosofía de Cohen es formalmente enemiga de la metafísica; el hecho de que muchas proposiciones metafísicas se hayan insertado dentro de ella no es reconocido por su autor, quien estima su objetivismo como el mayor ataque que se haya dirigido contra toda pretensión trascendente. Basado en esta posición, Cohen hace girar todo su sistema alrededor de la noción de la conciencia

cia pura y divide el conjunto en una lógica del conocimiento puro que es primordialmente una elaboración de las categorías del conocimiento físico-matemático y una reafirmación del ideal de la ciencia como conocimiento infinito; en una ética de la voluntad pura, apoyada en la idea kantiana del deber, y en una estética de sentimiento puro, es decir, en una dilucidación de las categorías correspondientes a las formas emotivas de la conciencia. La lógica es a la vez la teoría del conocimiento; es una lógica gnoseológica y en parte metafísica que supone, de acuerdo con su pensamiento fundamental, la absoluta y perfecta racionalidad de lo real; la ética es una ciencia formal de las categorías del pensamiento puro. La unificación de estos tres territorios por la psicología no debe ser entendida como un intento de englobar las tres partes en una ciencia superior, pues la psicología es concebida simplemente como la ciencia del hombre en la unidad de su conciencia natural. De este modo, el sistema de Cohen se halla penetrado enteramente por un racionalismo que no sólo rechaza la sensibilidad y la intuición como órganos de conocimiento, sino que efectúa con frecuencia un tránsito de la pura afirmación de la necesaria racionalidad del conocimiento científico a la necesaria racionalidad de lo real. Por una de sus partes esenciales la filosofía de Cohen se enlaza, pues, con el viejo racionalismo; por otra, se vincula con el naturalismo y, a través de él, con el positivismo.

Las orientaciones de Cohen, se fueron proseguidas, ciertamente, con mucha libertad por sus discípulos de la Escuela de Marburgo representan el punto culminante del intelectualismo naturalista.

De acuerdo con ello, los trabajos realizados por el propio Cohen y sus continuadores en la esfera de la historia de la filosofía y de la crítica de las ciencias tienden a mostrar cierta continuidad del idealismo objetivo a través de la historia del pensamiento occidental, y particularmente desde platón, enderezada a la formación de la -verdadera ciencia-, es decir, de la ciencia natural matemática.

2.2. RUDOLF STAMMLER

Partidario del neokantianismo de la Escuela de Marburgo, Stammler desarrolló una filosofía del Derecho de tendencia formalista. A su entender, el Derecho no puede estar vinculado a contenidos empíricos determinados, pues entonces sus normas carecerían de validez universal. Ello no significa que el Derecho sea independiente de la sociedad. Pero su relación con ella es análoga a la relación que mantiene la matemática con la realidad empírica; el Derecho es, para Stammler, la condición lógica de la ciencia social. Esta universalidad y formalidad del Derecho se hace patente especialmente en lo que Stammler llama -el Derecho justo-, esto es, aquel Derecho que posee propiedades objetivas basadas en condiciones históricas dadas o en propósitos que tiene una comunidad con respecto al futuro. Según Stammler, dicha idea del Derecho es la única que puede hacer posible la unidad jurídica de una comunidad y aun la visión de todas las comunidades sociales como un todo sometido a normas objetivamente válidas.

Por tanto, su propósito principal consistió en la búsqueda de las categorías que deben imponerse a la materia jurídica, a fin de determinar qué es el "Derecho". Ahora bien -según el pensamiento del ilustre profesor de la Universidad de Berlín- la categoría jurídica fundamental es el querer entrelazante, atárquico e inviolable.

3. LA TEORIA FENOMENOLOGICA

3.1. KAUFMANN FELIX

Uno de los discípulos de Kelsen, Felix Kaufmann (nacido en 1895), desembocó también en una doctrina formal del derecho. Sus ideas, en sus aspectos esenciales, pueden incluirse dentro de la teoría de la norma jurídica de su maestro, pero el método que emplea para la adquisición de sus conocimientos procede del método fenomenológico de la intuición de las esencias del gran filósofo Edmund Husserl (1859-1938).

Felix Kaufmann estuvo en estrecha relación con el Círculo de Viena, pero sin considerarse como uno de los miembros del Círculo pues junto a su interés por el positivismo lógico manifestó gran interés por la fenomenología de Husserl, en particular por los aspectos lógicos y metodológicos de la fenomenología. En diversas ocasiones intentó poner de relieve los puntos de contacto entre el método de los positivistas lógicos y el de los fenomenólogos. En todo caso, su principal, y casi único, interés fueron las cuestiones metodológicas. Según Kaufmann, es un error distin

guir realmente el objeto de las ciencias naturales del objeto de las ciencias sociales, pero es una necesidad distinguir entre los métodos de dichas ciencias. También consideró menester distinguir entre la metodología y los procedimientos de que se valen las ciencias empíricas; la metodología es en parte una racionalización de procedimientos empíricos, pero admite y examina supuestos no incluidos en tales procedimientos. Al mismo tiempo, la metodología se distingue de la lógica, la cual sirve de auxilio a la primera, pero no se confunde con ella.

4. LA TEORIA PURA DE HANS KELSEN

La teoría del derecho mejor elaborada y más rica en resultados es, sin género alguno de duda, la "teoría pura del derecho" expuesta por Hans Kelsen (nacido en 1881) en numerosas obras a partir del año de 1911. Desde su primer libro, problemas fundamentales de la Teoría del Derecho y del Estado, publicado en ese mismo año. Kelsen yamó como punto de partida de su sistema la radical separación entre el ser y el deber ser: las ciencias del ser son las disciplinas causales, que proporcionan una explicación genética de los fenómenos, los que, a su vez, son presentados dentro de una cadena de causas y efectos. A estas disciplinas se oponen las ciencias normativas, cuyo objeto ya no es el ser. La ciencia del derecho queda comprendida en este segundo grupo.

Ahora bien, como la disciplina jurídico se ocupa únicamente del derecho positivo, el "deber ser" jurídico no es para Kelsen

un valor ético, sino una forma del pensar. De ahí que el jefe de la Escuela Vienesa se propusiera como tema la elaboración de una teoría del derecho positivo, independientemente, tanto de la ética, cuanto de la sociología y de la psicología. Esta autonomía de la ciencia del derecho dio nacimiento al postulado de la "pureza del método".

La "pureza del método", predominante desde un principio en la teoría del derecho de Kelsen, encontró un nuevo fundamento en la unión entre el pensamiento Kelseniano y la Escuela filosófica, del neo-kantismo de Marburgo: esta Escuela -según se desprende de la exposición que hicimos- tiene sus raíces en la doble convicción de que no existe ninguna "cosa en sí" y de que el objeto del conocimiento es creado por el método que se aplica en la consideración del fenómeno. En consecuencia, las ciencias de la naturaleza no son para Kelsen disciplinas que contemplan a la naturaleza como su objeto, sino ciencias que enlazan los fenómenos naturales o sociales dentro de la ley de causalidad. De ahí que la sociología sea para Kelsen una ciencia natural.

La ciencia del derecho no es una ciencia de la naturaleza, sino una ciencia normativa, ya que considera a los fenómenos sociales desde el punto de vista del principio de "imputación". Este término significa -en el pensamiento kelseniano el enlace de un hecho con una consecuencia jurídica mediante la cópula "debe". Esta consecuencia jurídica es de naturaleza coactiva: ejecución, pena, facultad económica-coactiva, ejecución federal, represalia, guerra. Las anteriores premisas conducen a la fórmula fundamental de la "teoría pura del derecho": dada una situación de

hecho (T = Tatbestand) debe imponerse una sanción coactiva (Z = Zwangfolge). La fórmula del pensamiento Kelseniano no es, sin embargo, equivalente al término "mandamiento del derecho positivo", pues éste es tan sólo el material que sirve a la ciencia del derecho para construir el juicio hipotético: si T es, debe ser Z.

De la fórmula jurídica transcrita en los renglones anteriores, Kelsen derivó, ante todo, los conceptos "estáticos" fundamentales de la teoría del derecho: deber jurídico, pretensión, sanción, persona. Posteriormente y bajo la influencia de Adolfo Merkel; el propio Kelsen completó el aspecto estático de la teoría del derecho con otro dinámico: esta segunda parte se relaciona con la creación del derecho en un orden escalonado que teniendo como punto de apoyo a la constitución, desciende a través de la ley, del reglamento, de la sentencia judicial y de la decisión administrativa, hasta el acto de ejecución. Este mismo aspecto dinámico de la teoría del derecho, y siempre dentro del orden escalonado de las normas jurídicas, se ocupa también de las relaciones entre el derecho internacional y el estatal.

La cúspide de la "teoría pura del derecho" está formada por la doctrina de la norma fundamental, con la que Kelsen se propuso combatir el positivismo jurídico ingenuo de Bergbohm; según este escritor, el derecho es la manifestación de voluntad de una "autoridad competente", pero Bergbohm no llegó a determinar la fuente u origen de la "competencia". En este problema, la "teoría pura del derecho" se encontró ante una encrucijada: la primera solución posible estaba representada por la doctrina del derecho natu

ral, para la cual el orden social y la autoridad de la comunidad, y consecuentemente, la obligatoriedad de los mandamientos que ex pida, así como los límites de su poder, están determinados por la naturaleza del hombre; pero como Kelsen es un pensador juspositivista, no podía penetrar en ese camino, y se vio obligado a bus car una segunda solución: para que los mandamientos de una autor dad social puedan ser reputados obligatorios -dice el creador de la "teoría pura del derecho"- es indispensable suponer la existen cia de una norma fundamental suprapositiva, que prescriba que "de be obedecerse a la autoridad de la comunidad". Esta norma fund mental no es una norma primaria del derecho natural en sentido Kantiano, sino una hipótesis del pensamiento que llevamos al mate rial jurídico positivo a fin de poder interpretarlo como conteni do de las normas. En consecuencia la norma jurídica fundamental, de Kelsen tiene una función esencialmente distinta a la norma pa ralela de Kant: el filósofo de Koenisberg se propuso anclar al de recho positivo en el derecho natural, en tanto el jefe de la Es cuela de Viena concibió al derecho positivo como un orden autár quico cerrado, infranqueablemente separado de otros órdenes. Kel sen hace además notar que únicamente podemos suponer la existen cia de la norma básica, a condición de que concibamos a un orden coactivo efectivo como un sistema de normas obligatorias. Pero con esta conclusión nada impide que científicamente se accepte co mo derecho positivo a un orden de poder arbitrario.

En la medida en que la teoría Kelseniana del derecho permane ció sobre los carriles del neo-kantismo de Marburgo, se le pudo obje tar que el material jurídico positivo no puede ser mane jado

en forma análoga al material que recibimos a través de la experiencia sensorial; en efecto -según la doctrina de Kant- esta material recibe su sentido de las categorías del entendimiento, en tanto el material jurídico posee en sí mismo su sentido, de lo que se deduce que no necesita pasar por nuestras categorías para recibirlo. Certestamente hace notar el filósofo húngaro Julius Moór que el derecho positivo no es un "puro" factum, sino una construcción de sentido.

Pero la doctrina de Kelsen se ha ido apartando lentamente de aquellos fundamentos neokantianos de Marburgo, lo que le ha permitido transformarse en una típica "teoría comparada del derecho" que puede subsistir independientemente de su anterior fundamentación; su última obra (General Theory of Law and State), sin embargo, está todavía salpicada de algunos argumentos contrarios al derecho natural y de otros antimetafísicos. No parece, no obstante que Kelsen ha logrado aclarar toda una serie de problemas estructurales del derecho, lo que a su vez le permitió construir una teoría jurídica-formal, que puede coexistir con una metafísica y con una doctrina de los valores jurídicos.

La doctrina de Kelsen, sin embargo, puede subsistir al lado del derecho natural según se deduce de las siguientes consideraciones: su propósito ha sido hacer un análisis del derecho positivo, libre de valoraciones; desde este punto de vista, la teoría pura del derecho se distingue de la doctrina del derecho natural porque ésta pretende resolver, precisamente, el problema de la justificación o injustificación del derecho, cuestión que está más allá de los límites fijados por Kelsen a sus meditaciones.

El ilustre profesor de la Universidad de Viena se limita a sostener que un orden jurídico positivo vale tal como ha sido formulado, independientemente del juicio de valor que pudiere hacerse respecto de su justificación, pero a condición de que presupongamos una norma fundamental que prescriba que debemos conducirnos tal como lo ordena la constitución que le sirve de base; la finalidad de esta norma hipotética es, exclusivamente, servir de punto de apoyo al análisis positivo del derecho. Kelsen dice expresamente que se puede presuponer esta norma, pero nunca ha dicho que tengamos que presuponerla. De ahí que su pensamiento sea compatible con una doctrina que no presuponga la norma hipotética sino que postule, como principio fundamental, la concordancia entre el derecho positivo y los ideales de justicia, particularmente con la idea del derecho natural.

**CAPITULO II. LA VISION CIENTIFICA DEL DERECHO Y SUS
LIMITACIONES ANTE LA FILOSOFIA JURIDICA.**

A) LA CIENCIA Y EL DERECHO.

- 1. PROBLEMATICA DE LA DEFINICION DE CIENCIA.**
- 2. LA CIENCIA CLÁSICA Y SUS OBJETOS: MATERIAL Y FORMAL.**
- 3. EL CONOCIMIENTO CIENTIFICO.**
- 4. EL DERECHO COMO OBJETO DEL CONOCIMIENTO CIENTIFICO.**
- 5. LA VERIFICACION Y SU PAPEL EN EL CONOCIMIENTO CIENTIFICO.**

B) LA FILOSOFIA JURIDICA Y SU OBJETO MATERIAL.

- 1. LA FILOSOFIA DEL DERECHO COMO CIENCIA JURIDICA SUPREMA.**
- 2. EL DERECHO COMO OBJETO MATERIAL JUSFILOSÓFICO.**
- 3. LOS TRES PROBLEMAS FILOSÓFICOS RESPECTO AL ENTE JURÍDICO.**
- 4. LA FINALIDAD FÁCTICA Y AXIOLÓGICA DEL DERECHO EN LAS
SOCIEDADES HUMANAS.**

**C) LA METODOLOGIA EN LA FILOSOFIA Y EN LA CIENCIA
DEL DERECHO.**

- 1. LOS METODOS DE LA FILOSOFIA DEL DERECHO.**
- 2. EL METODO CIENTIFICO JURIDICO.**
- 3. EL LOGRO DEL OBJETIVO GNOSEOLÓGICO EN LA JUSFILOSOFIA
Y EN LA CIENCIA JURIDICA POSITIVA.**

CAPITULO II

LA VISION CIENTIFICA DEL DERECHO Y SUS
LIMITACIONES ANTE LA FILOSOFIA JURIDICA

A) LA CIENCIA Y EL DERECHO

1. PROBLEMÁTICA DE LA DEFINICION DE CIENCIA.

La palabra 'ciencia' no está exenta de los inconvenientes propios del lenguaje; 'ciencia' tiene más de un significado. Entre otros significados, se usa para referirse a la actividad de ciertos hombres, así como al conjunto de principios y enunciados que resultan de esa actividad. 'Ciencia' padece, por tanto, de un caso especial de ambigüedad que se llama de proceso-producto. (11) Esta ambigüedad puede fácilmente apreciarse en la expresión: o responde a la ciencia la solución del problema. 'En efecto, esta creación puede perfectamente significar: la solución del problema se encuentra en la actividad de los que hacen ciencia', en cuyo caso se refiere a un proceso, a una actividad; hacer ciencia; o bien: 'la solución del problema se encuentra en el conjunto de enunciados de la ciencia', en cuyo caso se refiere al producto de ciencia actividad. De este tipo de ambigüedad padecen las palabras pintura, poesía, construcción, obra, etcétera. (12)

(11) NINO, Carlos S. Consideraciones sobre la dogmática jurídica; con referencia particular a la dogmática penal, México, UNAM, Instituto de investigaciones jurídicas, 1974, pp. 10-11.

(12) *Ibidem.* pp. 42-45.

La palabra 'ciencia' padece del mismo tipo de ambigüedad. 'Ciencia', puede significar una actividad, un proceso, el estudio investigación, análisis o descripción de algo. Asimismo, 'ciencia' puede designar un producto, un conjunto de enunciados que versan sobre algo. Es fácil advertir que ambos significados se encuentran íntimamente relacionados. Cuando definimos al primero la actividad, requerimos del producto como una de sus características definitorias: "la ciencia es el dominio de la especulación o investigación intelectual en que los científicos, teóricos, etc., analizan, elucidan, observan o experimentan (actividad) con el propósito de producir modelos explicativos (conjunto de enunciados)". (13) De esta manera, una actividad es reconocida como científica cuando produce modelos explicativos.

Igualmente, cuando se define el segundo, el producto, se incluye como característica definitoria la actividad: "ciencia es el conjunto de proposiciones o enunciados (que se refieren a la naturaleza, acción, causa, origen de algo), producidos mediante la especulación, deducción, experimentación o generalización"(14)

La relación recíproca de ambos significados nos permite identificar con claridad ciertos objetos. Sin embargo, debemos tener mucho cuidado para no confundir ambos significados; son muy distintos y en ningún sentido equivalentes. Lo que se afirma sobre un conjunto de enunciados, no siempre puede afirmarse de la actividad

(13) ROLANDO, Tamayo y Salmeron La ciencia y el ideal de la ciencia, México, UNAM, 1986 p. 103.

(14) Ibidem. p. 104.

vidad de los científicos, o viceversa. De acuerdo con lo anterior, tenemos un primer criterio para el uso apropiado de 'ciencia': usamos o aplicamos apropiadamente 'ciencia' cuando se dan los hechos a que se refieren ambos significados.

Por lo tanto, cuando por primera vez nos acercamos al conocimiento científico es común que nos digan: la palabra ciencia proviene del verbo griego *semi*: conocer, tener noticia de. Asimismo se deriva del latín *scientia* que a su vez proviene de *scire*, participio presente de *scire*: conocer. (15)

La ciencia se define como un conjunto o sistema de verdades generales demostradas sobre un objeto determinado. (16) Puesto que tal definición conviene a la filosofía, debemos aclarar: que en sentido lato la ciencia comprende, como el género a una de sus especies a la filosofía, y en sentido restringido la ciencia está subordinada a la filosofía, ya que parte de postulados cuya validez discute y establece la filosofía, y se refiere a un objeto o sector determinado de la realidad y no a la totalidad de las cosas como ocurre con la filosofía.

Por lo que ciencia es el conocimiento cierto de las cosas por sus causas. Esta definición se refiere al conjunto de pensamientos a los cuales se adhieren el intelecto con firmeza. Su ob

(15) ZORILLA, Azenzo Santiago, Introducción a la metodología de la investigación, Océano, México 1985. p.14.

(16) Vocabulaire Philosophique de Sortais, Introducción General a la Filosofía. Trad. de P. Leandro Sesma, O.C., Buenos Aires 1943. Cap. I. P. 14.

jeto esta en las causas, razones o explicaciones de las cosas.

De ahí se derivan tres propiedades de la ciencia necesidad, universalidad y sistematización.

La primera se refiere al nexo entre los fenomenos y hechos por un lado, y la explicación o causa por otro.

La segunda se refiere a la amplitud de aplicación de ese nexo; se refiere a la necesidad.

La tercera es un reflejo del orden observando en la realidad

La ciencia esta por encima de la simple opinión. Implica formalmente una referencia a las causas. De otra manera la exposición de una verdad científica puede caer en el nivel de la divulgación.

2. LA CIENCIA CLÁSICA Y SUS OBJETOS; MATERIAL Y FORMAL

La concepción clásica de ciencia (concepción ampliamente compartida) encuentra en el sistema geométrico de Euclides el paradigma del ideal científico.(17) Existe desde la antigüedad una muy compartida opinión de que la estructura de la ciencia debía ser un sistema deductivo de enunciados. Aritóteles, concibe la demostración científica como una deducción de conclusiones a partir de los principios primarios. Muchos autores creen, que el ideal de la sistematización deductivo fue alcanzada en la geome-

(17) ALCHOURRON, Carlos E. y Eugenio Bulygin, Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales, Buenos Aires Astrea, 1971. P. 85.

tría por Euclides y en la estática de Arquímedes. Euclides y Arquímedes formularon sistemas de enunciados conteniendo axiomas de definiciones, postulados (los postulados de Euclides corresponden *mutatis mutandi*, a las hipótesis de Aristóteles) y teoremas. Tres son los aspectos, según Losee, de la sistematización deductiva:

- a) Los axiomas y teoremas se encuentran deductivamente relacionados.
- b) Los axiomas son verdades evidentes y
- c) Los teoremas corresponden a la observación. (18)

Dentro de esta concepción de ciencia, 'teoría', expresión que nombra una parte de la ciencia, señala un objeto que se caracteriza como un sistema de principios; axiomas y postulados (un conjunto de premisas) de los cuales las "leyes empíricas" son deducidas. Así, se pretende que las teorías tengan una forma lógica, con axiomas, reglas de formación, reglas de inferencia, etc. Ciertamente la propia geometría, la matemática, la física, no corresponden, a la concepción clásica de ciencia e inclusive en relación con su formalización lógica muy pocas teorías son estructuradas cuidadosamente. La concepción moderna de la ciencia (en sentido técnico) debe su origen, precisamente, al hecho de que los desarrollos de la ciencia (el nacimiento de la ciencia empírica, las geometrías no euclidianas, la mecánica del quantum, la lógica matemática, etc.) son incompatibles con las exigencias de la concepción clásica de ciencia. (19) Sin embargo, los usos del lenguaje

(18) *Ibid.* p. 119.

(19) *Idem.*

(las actitudes y valoraciones que supone) se encuentran ligadas al ideal clásico de ciencia (aún enormemente difundido y ampliamente aceptada), más coincidente con una visión inmediata del mundo.

La unidad de la ciencia se funda en la unidad de su objeto. La doctrina escolástica acerca de la ciencia distingue el objeto material, es decir, el objeto íntegro concreto a que se dirige la ciencia y el objeto formal, es decir, el aspecto particular en que se considera el todo; lo que caracteriza a cada ciencia es su objeto formal, al paso que el material puede ser común a varias ciencias. El desdoblamiento de los objetos del saber ha conducido a una progresiva especialización de las ciencias, con el peligro consiguiente de restringir la visión a un reducido dominio técnico y de que desaparezcan de ella las grandes conexiones de la totalidad del ser.

Este y otros riesgos han llevado muchas veces a menospreciar la ciencia, sobre todo la ciencia 'pura', es decir, no dirigida a su aprovechamiento en la técnica, la medicina, etc. Es cierto que una formación unilateral del entendimiento puede hacerlo inapto para la vida y que una sobrevaloración de la forma y del método rigurosamente científico a expensas del contenido puede conducir a un seco racionalismo; pero es indudable que, rectamente subordinado a la tendencia a la perfección integral humana, la ciencia conserva su gran valor perfectivo, porque abre la mirada a la altura y a la profundidad de la realidad.

3. EL CONOCIMIENTO CIENTIFICO

Ciertamente conocemos muchos aspectos del mundo de un modo confiable, sin que de ninguna manera sean conocimientos científicos. Esta información que hemos adquirido mediante la experiencia a lo largo de muchas generaciones, puede ser suficientemente exacta dentro de ciertos límites. Sin embargo, los conocimientos que, por lo general, tenemos sobre el mundo nos dicen que las cosas son de determinada forma, no cómo suceden; dicha explicación se queda en las consecuencias, sin proporcionarnos información sobre las causas. En el mejor de los casos, este conocimiento nos brinda pruebas, que carecen de la crítica, que permita una vinculación con los hechos.

Cuando la necesidad de conocer requiere explicaciones que sean sistemáticas y manipulables por elementos de juicio prácticos, nos encontramos ante el conocimiento científico.

Más específicamente, las ciencias tratan de descubrir y formular en términos generales las condiciones en las cuales ocurren sucesos de diversos tipos, y las explicaciones son los enunciados de tales condiciones determinantes. (20)

La ciencia busca establecer interrelaciones entre los hechos de la realidad de igual naturaleza, cuyos resultados son ordenados lógicamente dentro de un sistema de ideas.

La ciencia, es consciente de las fronteras dentro de las que sus creencias son válidas. Esto es, el conocimiento científico

(20) NAGEL, Ernst. La estructura de la ciencia. trad. Néstor Miguez Pardo, Buenos Aires, 1974. p. 17.

busca precisar hasta el extremo de lo posible las circunstancias, en que sus conclusiones se presentan realmente.

La ciencia toma conciencia de las contradicciones que se presentan en la realidad, dándoles una solución sistemática. La ciencia pretende encontrar el porqué de la existencia de las contradicciones, para explicarlas y solucionarlas a partir de su raíz.

Al pretender la racionalización extrema y precisa de cierto sector de la realidad, la ciencia recurre a un lenguaje perfectamente definido.

La ciencia tiene como norma de acción, exponer sus conclusiones teóricas a los datos observacionales críticamente productivos y obtenidos en condiciones controladas con sumo cuidado. En relación con esta verificación sistemática de las conclusiones teóricas por los datos observacionales, Einstein sostuvo que su teoría se debía considerar como insostenible, si no pasaba con éxito ciertas pruebas empíricas, a pesar de que dicha teoría hubiese sido elaborada por él. (21) Esta actitud, ciertamente no es propia del conocimiento del sentido común, pues sus conclusiones tienden a considerarse dogmas inmutables y, por lo mismo, no tienen necesidad de la comprobación.

(21) POPPER, Karl, mencionado por Holton Gerald, La imaginación científica, trad. Juan Utrilla Fondo de Cultura Económica México, 1985, p. 190.

4. EL DERECHO COMO OBJETO DEL CONOCIMIENTO CIENTIFICO

Parece banal sostener que el mero hecho de que, con respecto de un cierto dominio objetivo, en este caso el Derecho se adopte, se practique y se transmita un conocimiento científico, un conocimiento con pretensión de verdad intersubjetiva, rigor metódico y explicitación de sus presupuestos lógicos y gnoseológicos, constituya prueba suficiente de que, frente a ese objeto, se ha adoptado una actitud racional.

El Derecho es, primeramente, tema susceptible de conocimiento como objeto unitario de una ciencia, y luego, por existir ese conocimiento objetivo, utilizable como una técnica no puramente empírica, sino fundada en ese conocimiento científico. Esta actitud frente al Derecho no es común a todas las culturas históricas del mismo modo que la propia cultura occidental no ha conseguido, someter otros dominios fenoménicos ni a un conocimiento científico ni a un control técnico racional.

El Derecho aparece como el resultado de una reconstrucción racional cuando se obtiene la interrelación sistemática de todos los enunciados jurídicos logrados mediante el análisis, de suerte que configuren un sistema de reglas en clara relación lógica recíproca, sin contradicciones lógicas y, sobre todo, sin lagunas en principio. La racionalidad del derecho, en el sentido indicado, permite un manejo calculable del mismo como técnica social. Las acciones orientadas por las normas de un sistema jurídico sistematizado son por ello mismo, racionales. La acción orientada por valores jurídicos, como la justicia u otros, constituyen formas

de acción irracional.

Si la ciencia es vista, por un momento, como el proceso ^o actividad mediante la cual se trata de alcanzar conocimientos objetivos formulados en un discurso inteligible y coherente, tendrémos que encarar un dominio objetivo, como las reglas jurídicas en actitud científica implica no sólo una acción racional sino un intento de racionalización del objeto mismo, de lograr la etapa que Weber denomina de "racionalización del Derecho".

El patrimonio científico disponible en un momento histórico, es susceptible de "racionalización", pero ya no en el sentido de un proceso teleológicamente racional, sino de un producto racionalmente organizado para su exposición y comunicación.

La tesis de Weber cabe señalar, es que la racionalización de la ciencia del Derecho es coetánea con la racionalización del Derecho mismo, como logro de una mayor racionalidad teleológica en la producción y aplicación de las normas y en el funcionamiento de órganos burocráticos. Refiriéndonos al Derecho, parece claro que, sea cuales fueran los logros a partir de la sistematización, relativa que comenzaron los romanos, nos interesa que el conocimiento del derecho resulte no sólo en una ciencia jurídica formada como un sistema teórico coherente, sino que esa labor de racionalización, permita elaborar técnicas de control social también racionales.

Ahora bien, en relación con el Derecho hay que tener presente que buena parte del pretendido discurso científico sobre el mismo no reviste sino el carácter de un discurso ideológico; no se trata en rigor, de un conocimiento científico. La información

que manejan, por ejemplo, políticos y magistrados, aunque pretenden derivar de la información objetiva que prevee alguna ciencia del Derecho, no podría pretender un nivel alto de valor Teórico. Quizas, por ello valga la pena introducir la noción de creencia racional, como un concepto diferente al de enunciado verdadero. En general consideramos que un enunciado verdadero expresa un conocimiento objetivo. Tal no es el caso siempre con el de creencia racional.

Por lo tanto, se considera que la ciencia del Derecho ha estado sujeta a este proceso de racionalización que implica tanto una revisión de conjunto de conceptos categoriales utilizados, como de sus estructuras sistemáticas.

5. LA VERIFICACION Y SU PAPEL EN EL CONOCIMIENTO CIENTIFICO

Desafortunadamente, la mayoría de la gente, y hasta la mayoría de los filósofos, aún creen u obran como si creyeran que la manera correcta de decidir el valor de verdad de un enunciado es someterlo a la prueba de algún texto: es decir, verifica si es compatible con frases más o menos célebres tenidas por verdades gternas, o sea, principios infalibles de alguna escuela de pensamiento. En efecto, son demasiados los argumentos filosóficos que se ajustan al siguiente molde: "X está equivocado, porque lo que dice contradice lo que escribió el maestro Y". Los dogmáticos antiguos y modernos, fuera y dentro de la profesión científica, maliciosos o no obran de esta manera a un cuando no sean deseados covalidar creencias que simplemente no pueden ser comprobadas, sea

empíricamente, sea racionalmente. Porque "dogma" es, por definición, toda opinión no confirmada de la que no se exige verificación porque se le supone verdadera.

Otro criterio de verdad igualmente difundido ha sido la evidencia. Según esta opinión, verdadero es aquello que parece aceptable a primera vista, sin examen ulterior: aquello, en suma, que se intuye. Así, Aristóteles afirmaba que la intuición "aprehende las premisas primarias" de todo discurso, y es por ello "la fuente que origina el conocimiento científico". (22) No sólo Bergson, Husserl y muchos otros intuicionistas e irracionales han compartido la opinión de que las esencias pueden cogerse sin más: también el racionalismo ingenuo, tal como el que sostenía Descartes, afirma que hay principios evidentes que, lejos de tener que someterse a prueba alguna, son la piedra de toque otra proposición, sea formal o fáctica.

Finalmente, otros han favorecido las "verdades vitales", esto es, las afirmaciones que se creen o no por conveniencia, independientemente de su fundamento racional y/o empírico. Es el caso de Nietzsche y los pragmatistas posteriores, todos los cuales han exagerado el indudable valor instrumental del conocimiento fáctico, al punto de afirmar que "la posesión de la verdad, lejos de ser un fin en sí, es sólo un medio preliminar para alcanzar o tras satisfacciones vitales", de donde "verdadero" es sinónimo de "útil".(23)

(22) Aristóteles, Analíticos Posteriores, Libro II. cap.XX p. 110

(23) BUNGE Mario, La ciencia su método y su filosofía, Ediciones siglo XXI, Buenos Aires, s/a. p. 41.

El conocimiento científico es a veces desagradable a menudo contradice a los clásicos, en ocasiones tortura al sentido común y humilla a la intuición; por último, puede ser conveniente para algunos y no para otros. En cambio, aquello que caracteriza al conocimiento científico es su verificabilidad; siempre es susceptible de ser verificado.

Por lo tanto la verificabilidad hace a la esencia del conocimiento; si así no fuera, no podría decirse que los científicos procuran alcanzar conocimiento objetivo.

B) LA FILOSOFIA JURIDICA Y SU OBJETO MATERIAL.

1. LA FILOSOFIA DEL DERECHO COMO CIENCIA JURIDICA SUPREMA

La expresión 'filosofía del derecho' algunas veces es usada en el discurso jurídico, como sinónimo de 'jurisprudencia'. En un sentido más restringido se usa como anónimo de la expresión: 'filosofía jurídica', normalmente se entiende una reflexión sobre los principios del derecho y los problemas fundamentales de la teoría jurídica. La filosofía jurídica aborda cuestiones tales como: la 'naturaleza' y funciones del derecho, sus relaciones de éste con la moral; los valores que le son inherentes; la eficacia del orden jurídico; la obediencia al derecho, etc. En este sentido la filosofía jurídica se relaciona tanto con la filosofía moral como con la filosofía política.

Existe la concepción de que la filosofía es la formulación de principios universales y últimos de todas las cosas. Dentro

de esta concepción, la labor del filósofo y la del iusfilósofo toma la forma de una especulación ontológica sobre sustancias primarias o sobre entidades inmutables y absolutas.

La filosofía jurídica es a la jurisprudencia lo que la filosofía de la ciencia es para las disciplinas científicas. Desde este punto de vista, la filosofía jurídica, primeramente, se ocupa de exponer los principios y dogmas generales de la jurisprudencia. Los juristas, al describir el derecho, parten de ciertos presupuestos y dogmas que normalmente no son explícitos. Describir y esclarecer los dogmas y principios presupuestos por los juristas en su función dogmática, es tarea de la filosofía jurídica.

La filosofía jurídica se refiere a la labor de los juristas, de una manera particular: se ocupa de esclarecer y analizar las 'teorías' y conceptos jurídicos, es decir, esclarece y analiza el uso que los juristas hacen de conceptos como 'validez', norma, deber, personas, jurisdicción, etc. En este sentido, la filosofía jurídica explica el significado de los conceptos jurídicos que usan los juristas.

Por lo que cierto análisis conceptual constituye el objeto de la filosofía jurídica.

La exposición de la filosofía jurídica de Bártolo, Rudolf von Ihering, Hans Kelsen, por ejemplo, requiere de un deslinde entre lo que estos autores hicieron de filosofía jurídica de lo que hicieron de ciencia del derecho. En muchas ocasiones sus análisis o fundamentos filosóficos se encuentran implícitos en las teorías que formulan al describir el derecho.

Aunque este deslinde es imprescindible, no puede negarse que ambas disciplinas se interpenetran. No se puede por ejemplo, hacer filosofía jurídica sin formular enunciados de la jurisprudencia, de la ciencia del derecho. El jurista que ignora la filosofía jurídica no sabrá el alcance de sus conceptos y sus caracterizaciones. De la misma forma, el iusfilósofo que ignora la ciencia jurídica no está en posibilidad de pronunciarse acertadamente sobre los conceptos o métodos de la jurisprudencia. Sobre el particular resulta muy oportuna la afirmación de Rudolf Carnap de que es imposible realizar una labor importante en la filosofía de la ciencia sin conocer muy bien los resultados de la ciencia.(24)

Por lo tanto la filosofía del derecho es una ciencia jurídica en sentido lato, mas no puede ser clasificada entre las ciencias jurídicas particulares. Su objeto formal, el estudio de los primeros principios del derecho, le da el rango de la ciencia jurídica suprema.

2. EL DERECHO COMO OBJETO MATERIAL JUSFILOSÓFICO

El objeto material de nuestra disciplina es el derecho, todo el derecho, lo mismo el derecho positivo que el natural, el estatal y el social, consideradas en las grandes ramas que comprenden y en sus diversas manifestaciones: la total realidad de lo jurídico constituye el objeto material de la filosofía del derecho.

(24) CARNAP, Rudolf, Fundamentación lógica de la física, Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1969, p. 250.

Y su objeto formal, el ángulo desde el cual contempla lo jurídico es la investigación de las causas últimas, de las razones más elevadas, de los primeros principios del derecho.

Ahrens define la filosofía del derecho, diciendo que es la ciencia que expone los principios cardinales del derecho concebidos por la razón y fundados en la naturaleza del hombre, considerada en sí misma y en sus relaciones con el orden universal de las cosas. (25)

Stammler entiende por filosofía del derecho, aquellas doctrinas generales que se pueden proclamar dentro del campo jurídico con un alcance absoluto; y reserva a la jurisprudencia técnica, expone el contenido especial de los ordenamientos jurídicos concretos que se suceden históricamente, reproduciendo en forma compendiada y precisa las normas de un derecho dado. (26)

Estas definiciones de la filosofía jurídica propuestas por filósofos-juristas que no atribuyen el mismo significado a los términos que emplean, nos muestran, sin embargo, que ambos coinciden en distinguir esta disciplina filosófica, de las ciencias jurídicas particulares, por su objeto formal.

La filosofía del derecho asigna a cada una de las ciencias jurídicas particulares su objeto propio, y al mismo tiempo lleva la unidad al pensamiento jurídico al establecer la validez de los conceptos jurídicos fundamentales, que por su naturaleza misma,

(25) PREGIADO, Hernández Rafael Lecciones de Filosofía del derecho, UNAM, 1984, 2da. ed. p. 22.

(26) loc.cit. p. 23.

son comunes a todas las disciplinas jurídicas particulares.

Eso que podríamos llamar la experiencia del derecho, o sea el derecho positivo, resulta incomprensible si no lo referimos a nociones y criterios que el propio derecho positivo postula y cuya validez toca precisamente a la filosofía jurídica establecer. Porque no podemos desconocer que ese objeto llamado derecho, tiene en su entraña misma una referencia a criterios racionales éticos, de tal suerte que no se puede entender ni mucho menos comprender plenamente ese objeto, el derecho, si no se le considera en relación con los valores jurídico-filosóficos que constituyen, su causa final. Porque así como es indispensable a la vida humana contar con la filosofía, contar con una tabla de valores éticos, al grado de que la vida humana no se explica sin esa tabla de valores que afortunadamente todos los hombres poseemos; de modo semejante, la vida, jurídica no tiene sentido carece de verdadera significación, sino se relaciona con esos valores, pues la vida jurídica es parte de la vida humana, como la filosofía jurídica es parte de la filosofía general. La filosofía del derecho, es a la vida jurídica, lo que la filosofía general es a la vida.

3. LOS TRES PROBLEMAS FILOSÓFICOS RESPECTO AL ENTE JURIDICO

Aplicando al derecho la división de las disciplinas filosóficas que hace la filosofía moderna a base de los dos conceptos fundamentales del ser y del deber ser objetos respectivamente de la ontología y de la axiología, la filosofía del derecho se ha dividido igualmente en ontología jurídica, que tiene por objeto el es

tudio del ser del derecho su determinación conceptual que ha dicho Stammler, y axiología jurídica, que comprende el estudio de los valores supremos del derecho la determinación de lo que el propio Stammler llama idea del derecho o noción de lo justo.

Del Vecchio divide la filosofía del derecho en tres partes, correspondientes a otras tantas investigaciones a las cuales denomina: investigación lógica, investigación fenomenológica en investigación deontológica. La primera se propone la definición del derecho in genere, ya que ninguna ciencia jurídica particular puede explicar que sea el derecho en universal, sino únicamente lo que fue o es derecho en un cierto pueblo y en determinado tiempo. La segunda tiene por objeto comprender al derecho como fenómeno universal humano, dado que el derecho positivo no es un producto de causas excepcionales, sino un fenómeno común a todos los pueblos en todos los tiempos, cuya causa común y necesaria radica en la naturaleza humana. Aun cuando esta investigación trata de precisar los fundamentos y caracteres del desarrollo del derecho, y en este sentido tiene cierto carácter fenoménico e histórico, el propio Del Vecchio la califica de atahistórica, porque va más allá de la historia particular de una nación y, por consiguiente, más allá de la competencia de las ciencias que se refieren al derecho de un pueblo determinado. Finalmente, la investigación deontológica se desarrolla de un modo autónomo, y comprende la indagación del ideal, y la crítica de la racionalidad y legitimidad del derecho existente, contraponiendo una verdad ideal de una realidad empírica. (27)

(27) op cit. p. 40

Por lo tanto debe incluirse en la filosofía del derecho esta investigación, aun cuando se relacione con la sociología y con la filosofía de la historia, pues el derecho es un conjunto de relaciones sociales cuyos principios básicos encuentran su fundamento en la naturaleza racional, libre y sociable del hombre, y entonces, como sostiene Del Vecchio con mucha razón, al indicar las contingencias a través de las cuales sea originado una ley o costumbre, no es suficiente para demostrar el fundamento del derecho in genere. Una sociología puramente descriptiva de los tipos de relaciones o formas sociales, ofrece resultados mezquinos y no llega a la esencia de lo social, precisamente porque se desentiende de su dato substancial: la naturaleza humana. Y tampoco es posible hacer verdadera filosofía de la historia ignorando la naturaleza del protagonista de toda historia: el hombre. Luego si la sociología y la filosofía de la historia necesitan de una profunda observación de la naturaleza humana para descubrir las leyes de lo social y de lo histórico, otro tanto debe hacer la filosofía del derecho para determinar los fundamentos y caracteres generales del desarrollo del derecho pues sólo de este modo puede lograrse la comprensión del derecho como un dato social, universal, humano.

En cuanto a las otras dos partes de la división propuesta por este autor, si bien la investigación lógica puede considerarse como equivalente de la ontología jurídica, y la investigación deontológica reducirse a la axiología jurídica no se cree que el pensamiento del Del Vecchio conduzca en forma congruente a la afirmación de un posible derecho injusto, debido a que en su defi

nición genérica del derecho incluye una referencia esencial a un principio ético. Es decir, que por razón de método, conviene estudiar el derecho desde estos tres puntos de vista: lógico, fenomenológico y deontológico, como se puede estudiar al hombre desde diversos ángulos: biológico, psicológico, moral. Por lo que se rechaza el aspecto captado o aprehendido de un objeto, contemplado desde uno de estos ángulos o puntos de vista, constituya la realidad esencial de ese objeto. El hombre no es sólo una unidad biológica, sino también una unidad psíquica y ética. Y otro tanto cabe decir del derecho: no es sólo una estructura lógica, sino también fenomenológica y deontológica. Por tanto, aun cuando por razones metodológicas el estudio de un objeto se haya desde distintos puntos de vista, la definición del mismo no debe referirse a uno solo de sus aspectos, sino comprender todos los elementos o datos esenciales que integran el ser de ese objeto.

Se dice que cada autor por lo regular propone una diversa di visión de la filosofía del derecho; algunas de esas divisiones pueden reducirse, con ciertas variantes; en la mayor parte de g llas hay coincidencia en cuanto a los temas fundamentales o contn nido de esta disciplina, si bien no existe esta misma unificación en lo que se refiere a los desarrollos y conclusiones relacionados con esos temas.

Por lo que se dice que el tema fundamental de la filosofía jurídica es el estudio de los primeros principios del derecho, a tendiendo por igual a las condiciones formales y materiales de su validez, y que para determinar estos primeros principios o razones últimas, conviene considerar al derecho en relación sucesiva-

mente con los órdenes normativo, social y ético, de los cuales participa.

4: LA FINALIDAD FACTIVA Y AXIOLOGICA DEL DERECHO EN LAS SOCIEDADES HUMANAS

Es parte de la naturaleza humana, la necesidad de relacionarse socialmente entre los seres humanos para integrar comunidades en las que además de sobrevivir va ha desarrollarse tanto a nivel personal como colectivo. Esta naturaleza relacional o social no es un simple instinto gregario o de agrupamiento sino tiene implicación en la finalidad de trascendencia o permanencia eterna de la humanidad. El hombre solo o aislado no sería capaz de trascender o desarrollarse, por lo que busca accionar e interaccionar con sus semejantes.

Para lograr una convivencia pacífica, dentro de un ambiente de libertad y al mismo tiempo de respeto a la dignidad de los demás, es necesario que el hombre adopte su conducta al marco que la comunidad decida, es decir sujetar su conducta a reglas o regulaciones. Entre estas reglas van a existir diferentes especies: usos sociales, culturales, religiosos, etc., que al ser relacionados con ese afán de trascendencia y separación de la humanidad (bien racional o superación integral humana), van a contener un deber y se van a convertir en normatividades o normas.

El derecho va a regular externamente la conducta de las personas tanto a nivel individual como a nivel social, y al ser reconocida su normatividad por toda la comunidad, y mediante la acep

tación podrá ser impuesto aún por la fuerza a todo integrante siempre que busque el bien, la justicia y por ende la seguridad de los gobernados o seguridad jurídica.

El derecho es entonces el principal regulador de la conducta humana tanto a nivel personal como a nivel de sociedad o de comunidad.

Abarcando totalmente el ente jurídico veremos que su origen, es social, siendo por lo tanto una relación social entre dos o más personas, que se vinculan através de un objeto ya sea ente material (bien) o inmaterial (derecho o facultad).

Esta relación es siempre voluntaria o inviolable ya que al hombre se obliga a sujetar su conducta a la normatividad sancionada, para convivir con los demás respetandolos y a su vez teniendo la garantía de que también sera respetado. Esta voluntad debe ser libre y racional, es decir sin coacciones y con el total uso de "razón" y de elección de la persona. En el derecho por la intervención del Estado, se contemplan tres tipos de relaciones: de subordinación, de coordinación y de supraordenación.

El derecho regula en base a estas relaciones todas las conductas individuales y comunes. Es la normatividad jurídica la que va a constituir al Estado, mismo marcando sus instituciones y delimitando su poder, ya que se persigue el fin de bienestar general. Esta función axiológicamente tiene relación con el logro de la justicia, entrando al campo del derecho natural, ya que la labor axiológica, depende de juicios de valor, de nada sirve para ella la lógica formal, sino es sentido limitativo de lo que no puede ser. A fin de cuentas es la axiología del jurista, con su

reconocimiento de determinados valores y la jerarquización de los mismos, la que tiene la última palabra, tanto en la calificación del caso concreto como en la selección del o los principios que le son aplicables. (28)

En cuanto al aspecto material o legal, Kelsen estipula que el Estado es la personificación del derecho, es decir, el Estado consiste en un orden jurídico sistematizado y completo, basado en la norma hipotética fundamental.

C) LA METODOLOGIA DE LA JUSFILOSOFIA Y EN LA CIENCIA DEL DERECHO

1. LOS METODOS EN LA FILOSOFIA DEL DERECHO

Los sofistas de la teoría Kelseniana caen por su base una vez que se precisan la naturaleza y alcance de los métodos lógicos. Por lo cual conviene, tener presentes algunas nociones metodológicas.

Por método se entiende el conjunto de reglas que el espíritu se impone para dirigirse en la búsqueda de la verdad; o bien, el conjunto de procedimientos racionales para la investigación y de mostración de lo verdadero. (29)

La variedad de los objetos del conocimiento entraña una diversidad de métodos, y que éstos deben seleccionarse a fin de que

(28) VILLORO, Toranzo Miguel, Lecciones de filosofía del derecho, Ed. Porrúa S.A. México 1973, p. 396.

(29) PRECIADO Hernández Rafael, op cit. p. 48.

el método que se emplee en cada caso sea adecuado al objeto.

Los métodos más conocidos empleados por filósofos son: la mayéutica de Sócrates, la dialéctica de Platón, la lógica de Aristóteles, la disputa de los escolásticos, la inducción de Bacon, la duda metódica de Descartes, la intuición de Bergson, el método fg nomenológico de Husserl. (30)

Sin embargo, observando atentamente las características de estos métodos, excepción hecha de la intuición, se descubren procedimientos racionales tales como la inducción, la deducción, el análisis y la síntesis, que constituyen las vías propias del entendimiento en su marcha hacia la verdad.

Se descarta la intuición porque en sí misma no puede ser considerada como método. Ya que el método es siempre discursivo: supone una serie de pasos del entendimiento para alcanzar la verdad.

Por lo tanto, inducción y deducción, análisis y síntesis son los procesos esenciales de las diversos métodos filosóficos.

La inducción es el método o proceso racional en que el espiritu concluye, elevándose de las consecuencias de los principios, de los hechos o fenómenos a las leyes, de los efectos a las causas. En tanto que la deducción representa el procedimiento opuesto, por el cual el espíritu concluye, descendiendo de los principios a las consecuencias, de las leyes a los fenómenos, de las causas de los efectos.

La inducción puede reducirse al análisis y la deducción a la síntesis; pues el espíritu "puede partir de los principios o de las causas para descender a las consecuencias o a los efectos; en este caso va de la condición a lo condicionado: este es el método sintético; o inversamente, puede partir de las consecuencias o de los efectos para elevarse a los principios o a las causas; va entonces de lo condicionado a la condición: esta es la marcha analítica". (31)

De acuerdo con estas nociones metodológicas que acabamos de recordar, podemos decir que no hay, estrictamente hablando, ciencias inductivas, ni ciencias puramente deductivas. El entendimiento humano al razonar, tan pronto parte de la experiencia sensible o de datos ideales conocidos, para elevarse a la consideración de leyes y principios, como desciende de las leyes y principios descubiertos, a los hechos y consecuencias que implican. Sólo lo puede establecerse que en determinadas ciencias, dada la naturaleza de su objeto, predomina el razonamiento inductivo, y en otras, atendiendo a la misma razón, es el razonamiento deductivo el predominante. Los mismos fundamentos de la inducción y de la deducción nos indican que ambos procedimientos se implican y se complementan.

(31) Ibid. p. 53.

2. EL METODO CIENTIFICO JURIDICO

El mero conocimiento del Derecho sería innocuo si no se completase con la posibilidad de extraer una solución práctica; en el orden jurídico es, por su misma naturaleza, una tendencia de realización, pues "el derecho está para eso, para que se realice. La realización es la vida y la verdad del derecho, es el derecho mismo". (32)

Para ello se requiere el oportuno método o procedimiento que se de la teoría general del método jurídico que aquí particularmente debemos considerar. Si bien advirtiendo que no cabe formular una separación tajante respecto del método de la ciencia del derecho, con el que coincide en muchos aspectos ya que se relaciona íntimamente la aplicación con la propia naturaleza de las normas.

La aplicación del derecho fué concebida como una actividad meramente lógica, de subsunción del hecho bajo la norma legal, operación que se traduce en un silogismo, en el que la premisa mayor es la ley, la menor el hecho y la conclusión la sentencia del juez, doctrina mantenida generalmente por los procesalistas, pero que no puede ser aceptada por su simplicidad. En efecto: este silogismo no es más que la silueta con que termina un largo y complicado itinerario mental pues la función del juez o del profesional jurídico rebasa el ámbito de la mera subsunción lógica, olvidando sus partidarios que muchas veces el caso puede ser subsy

(32) BADENES, Gasset Ramon, Metodología del Derecho, BOSCH Casa Editorial, Barcelona, 1959. p. 355.

mido con la misma corrección lógica bajo proposiciones jurídicas diferentes y aun contradictorias, y que otras veces no hay ninguna proposición jurídica adecuada. (33)

Se dice que no debe seguirse la concepción tradicional de carácter intelectualista, pues la aplicación de la norma no debe reducirla a una operación mecánica carente de cierta libertad y discrecionalidad, pero tampoco puede admitirse las posiciones extremas que con una visión voluntarista de la aplicación de las normas entrañan una aplicación de las normas, entrañan una aplicación arbitraria, fuera o contraria al derecho, lo cual no sería aplicación, sino acto ilícito. Si la operación del juez no hubiera de ser presidida por una objetividad rigurosa podría incurrirse en transgresión.

Se concluye que la aplicación de las normas supone una actividad creadora en cuanto el que interpreta da sentido, desarrolla y completa la ley, pero no significa conceder un poder arbitrario al juez para basar la sentencia en sus particulares sentimientos o en sus utópicos ideales del legislador.

(33) Id.

3. EL LOGRO DEL OBJETIVO GNOSEOLÓGICO EN LA JUSFILOSOFIA Y EN LA CIENCIA JURIDICA POSITIVA

Se da racionalismo jurídico en un plano gnoseológico cuando se defiende que sólo se llega al conocimiento del Derecho por un camino exclusivo o predominantemente racional, con desprecio del conocimiento de las realidades ante las cuales se plantean las soluciones jurídicas.

El derecho es el resultado de dos coordenadas, que son los ideales de Justicia y las circunstancias concretas de la realidad histórica del hombre en sociedad. Quien señala el punto de intersección de las dos coordenadas es la autoridad, la que promulga la solución o esquema jurídica. El Racionalismo jurídico gnoseológico ignora todo el proceso creador del derecho y se concentra en el estudio de la solución, a la cual examina sólo bajo el aspecto de su orden racional. La lógica interna de las soluciones, y no su aplicabilidad y funcionalidad, ni su justicia, es lo que conoce el Racionalismo jurídico gnoseológico.

El Racionalismo Jurídico gnoseológico no hará más que aplicar al derecho el método que Descartes propone para su "Matemática universal", y que no es otro que el matemático. "En las progresiones matemáticas - nos dice - cuando se conocen los dos o tres primeros términos es fácil determinar los restantes". (34) Se llegará en esta forma a una ciencia debida exclusivamente al conq

(34) WILORO; Toranzo Miguel, Op cit. p. 40.

cimiento que la inteligencia toma de su propia naturaleza y de ningún modo "al testimonio variable de los sentidos o de los juicios engañosos de la imaginación". El Racionalismo jurídico gnoseológico ignore el importantísimo papel que tiene la intuición en la formulación de los juicios del valor Justicia que son los animadores y vitalizadores de toda fórmula jurídica.

**CAPITULO III. ANALISIS DE LOS PRINCIPALES POSTULADOS DE
LA PUREZA JURIDICA KELSENIANA.**

A) LA PUREZA METODOLOGICA DE HANS KELSEN.

- 1. LA REDUCCION DEL ENTE JURIDICO A SU ASPECTO LEGAL.**
- 2. LA IDENTIFICACION DEL ENTE JURIDICO Y EL ENTE ESTATAL.**
- 3. LA DESHUMANIZACION DEL DERECHO KELSENIANO.**
- 4. LA DESVIRTUACION DE LA FUNCION JURIDICA.**

B) LA NEGACION DE KELSEN A UNA AXIOLOGIA JURIDICA.

- 1. LA SEPARACION IRREDUCTIBLE DE LA MORAL Y EL DERECHO.**
- 2. LOS FINES ESTATALES COMO VALORES DEL DERECHO.**
- 3. LA NEGACION DEL ASPECTO AXIOLÓGICO JURIDICO.**
- 4. LA INEXISTENCIA DE LA JUSTICIA Y SU VAGUEDAD.**

C) EL ANALISIS KELSENIANO DE LA NORMA JURIDICA.

- 1. EL SER Y EL DEBER SER EN LA TEORIA KELSENIANA.**
- 2. LA NORMA COMO SUPUESTO HIPOTETICO FORMAL.**
- 3. LAS PROBLEMATICAS FORMALES DE LA HIPOTESIS JURIDICA.**
- 4. LA PIRAMIDE NORMATIVA DE HANS KELSEN.**
- 5. LA NORMA HIPOTÉTICA FUNDAMENTAL KELSENIANA.**

CAPITULO III

ANALISIS DE LOS PRINCIPALES POSTULADOS DE
LA PUREZA JURIDICA KELSENIANA

A) LA PUREZA METODOLOGICA DE HANS KELSEN:

1. LA REDUCCION DEL ENTE JURIDICO A SU ASPECTO LEGAL.

La posición Kelseniana establece que el derecho consistía en normas y no únicamente en fenómenos. Con ello se reforzó la posibilidad de hablar de un sistema jurídico. Más aún, aceptó también que era un sistema dinámico y no un sistema estático.

A este respecto es oportuno recordar cuáles son, entre otras las motivaciones de Kelsen al introducir los conceptos de sistema estático de normas (aquéllos en los que no se puede crear nuevas normas), y sistema dinámico. Insistía con ello en su radical distinción entre derecho y moral, dando cuenta además de ciertos fenómenos del mundo jurídico, en particular de la legislación, pero en general de toda creación de derechos y obligaciones, es decir de normas jurídicas. Los llamados actos de aplicación -sentencias, contratos, etcétera- eran considerados simultáneamente como actos de creación de nuevas normas. En esta concepción uniforme, solamente el acto creador de la norma básica y el acto aplicador de la sanción coactiva no era al mismo tiempo actos de creación y de aplicación. En esta visión, el término "aplicación" ensanchaba su sentido tradicional en el que una sentencia era apli

cación de la ley, para incluir la creación de una ley como "aplicación" de las normas procesales constitucionales. En relación con el primer sentido, el propósito de la teoría pura era rechazar la idea de que la creación de las normas inferiores o individuales fuese un acto intelectual y no un acto de voluntad, esto es, rechazar la concepción de iusnaturalismo racionalista según el cual la obtención de las soluciones a los casos individuales era cuestión de una mera deducción lógica.

Por lo tanto es conveniente al mismo tiempo abordar el problema relativo a la relación entre normas jurídicas y proposiciones jurídicas.

La postura Kelseniana, en la cual la jurisprudencia describiría el sentido de los actos humanos. Kelsen insiste en que tales actos ocurren en el tiempo y en el espacio, por lo cual no se trata de ninguna metafísica. Ya que si la conducta se adecúa al decreto es porque son dos cosas diferentes, observa Kelsen. Por esta razón el derecho no es un hecho y "solo puede ser descrito por medio proposiciones de deber ser". Aunque la conclusión del razonamiento no es convincente, la cuestión es menos compleja si se recuerda que en esas proposiciones "de deber ser", el deber ser ocurre en ellas con una función descriptiva y, por tanto, pueden ser verdaderas o falsas. (35)

Kelsen acepta que la eficacia es el criterio del derecho positivo, y que decir que el "derecho positivo es válido" significa

(35) PEREZ, Javier Esquivel, Kelsen y Ross, formalismo y realismo en la Teoría del derecho, UNAM, México. 1980. p. 117.

que las normas deben ser acatadas y aplicadas sólo si son establecidas por actos humanos, y sólo si en general son eficaces. E^{mp}ro, el enunciado "N es válido" no agota su significado, conforme al principio del positivismo lógico, mediante los hechos que lo verifican. Por medio de la norma básica tales actos reciben una "interpretación normativa" que no es "especulación metafísica" y las normas válidas existen y además "los individuos deben comportarse como ellas lo establecen". (36)

Kelsen llama a las proposiciones jurídicas proposiciones de "deber ser", con la reserva de que es un deber ser descriptivo por lo que establece que la validez de la norma alude a su existencia ideal y a una cierta interpretación normativa de los hechos.

2. LA IDENTIFICACIÓN DEL ENTE JURIDICO Y EL ENTE ESTATAL

Kelsen convencido de la necesidad lógica de la pureza del método, ataca el problema de saber cual es el método puro con que se va a estudiar al Estado razonándolos de la siguiente manera:

El Estado aparece como una ordenación, como una coordinación de conducta humana.

Ahora bien, si implica un orden, menester es investigar que clase de orden es, porque la mente humana conoce dos el orden natural y el orden normativo, cada uno de ellos con sus principios, formales propios e irreductibles. Los estudia de la siguiente ma

(36) Ibíd. p. 118.

nera:

Orden Natural.- Este orden, el natural, es explicativo del ser. Mediante él, el sujeto que conoce, ordena el mundo objetivo explicitando como son los fenómenos; como se comportan. Es un orden explicativo del ser, que se expresa en las leyes naturales. Las leyes naturales valen, un tanto se cumplen, pues si formulada una ley natural, lo que dispone no corresponde al comportamiento de los fenómenos, esta mal formulada y hay que reelaborarla. En esa virtud, dentro del orden natural validez es igual a vigencia. La ley natural vale porque se cumple.

Orden Normativo.- Existe otro orden distinto, que no explica al ser, ni el comportamiento auténtico de los fenómenos sino que establece relaciones de deber ser. En él no se expresa lo que es sino lo que debe ser, aunque no sea.

Este orden normativo no depende, en su validez de su vigencia, aunque el precepto normativo no se cumpla, debe cumplirse. En consecuencia, en el orden normativo validez no es igual a vigencia. Es esencia de la norma que existía la posibilidad de que el orden postulado no se cumpla aunque deba cumplirse.

El principio lógico formal que rige el orden normativo es la imputabilidad. La imputabilidad es el enlace típico que se da en la norma, entre un supuesto y una consecuencia vinculados por una relación de deber ser.

La imputabilidad es el orden normativo lo que la casualidad al orden natural. Dos principios lógicos irreductibles el uno al otro. Esto quiere decir que son dos formas a priori que nada tienen que ver una con otra: una cosa es el ser y otra el deber

ser. Son órdenes distintos, el sujeto al conocer; establece relaciones diferentes, ordena de modo diverso los fen6menos una el ser, explicando como se comportan y otra, el deber ser, estableciendo como deben comportarse de acuerdo con supuesto y consecuencia. (37)

De todo ello se concluye que Kelsen manifiesta que el orden implicado por el Estado no es natural, porque no explica cual es la conducta de los hombres, sino como deben comportarse en la sociedad.

Como consecuencia, el Estado para ser estudiado tiene que serlo mediante un método normativo, esto es, estableciendo relaciones de deber ser, imputando hechos normativamente a los sujetos.

Es necesario explicar que una norma puede y debe ser enjuiciada por sí y que son problemas que engendran su cumplimiento. El problema de la positividad aparece como el problema de las relaciones materiales entre el sistema del valor de la realización de los valores. La extraordinaria dificultad que encierra, consistente en la antinomia de un dualismo entre el ser y el deber ser, entre la realidad y el valor y el razonamiento ineludible de una relación material, entre los mismos sistemas que presuponen inconexos.

En cuanto a su metodología Kelsen es partidario de la pureza del método, o sea, una consideración estricta del derecho y del

(37) KELSEN, Hans Teoría General del Estado, 3a. ed. edit. Labor Barcelona, 1939. p. 58.

Estado depurada de toda ideología política y de todo elemento científico natural. La fórmula en la cual basa sus aspiraciones metodológicas es la sustitución de hipótesis y postulados metafísicos por categorías trascendentales.

Para Kelsen todos los problemas de la Teoría del Estado son problemas en torno a la validez y la producción del orden jurídicos, y por tanto, problemas jurídicos. Lo que se llama elementos del Estado, no son otra cosa que la validez del orden jurídico en sí y los campos espacial y personal de su vigencia; la doctrina de los tres poderes o funciones del Estado tiene por objeto el estudio de los grados escalonados de producción del orden jurídico, los órganos del Estado sólo pueden ser concebidos como situaciones de la producción del derecho y las formas del Estado no son otra cosa más que métodos de producción del orden jurídico, el cual se llama en sentido figurado voluntad del Estado.

3. LA DESHUMANIZACIÓN DEL DERECHO KELSENIANO

La filosofía subjetivista de Kelsen se plasma en su método de selección de lo que únicamente debe ser considerado Derecho, y se expresa en los tres presupuestos con que inicia Kelsen su Teoría Pura del Derecho. Cada uno de ellos es un avance en el proceso de deshumanización del Derecho.

1) Kelsen es lógico con su a priori cognoscitivo, cuando decreta que se deben separar radicalmente de la Ciencia Pura del Derecho aquellos conocimientos que, según él, pertenece al reino de lo metajurídico: los datos sociológicos, económicos, morales, po-

líticos.

El error Kelseniano es, sin embargo, muy fácil de descubrir: del hecho evidente que cada ciencia tenga su enfoque propio (su objeto formal) de estudio de la realidad no se debe concluir que esa realidad deba fragmentarse en tantas esferas cuantas son las ciencias que la estudian. Más aún, la realidad social que interesa a la Ciencia del Derecho no es una realidad en bruto, una realidad que no a pasado por el tamiz de ningún conocimiento científico, sino al contrario es la realidad sociológica, económica y política la realidad social moralmente valorada. Kelsen no ha podido e no ha querido ver que la ciencia del Derecho necesita de las aportaciones no nada más de las cuatro ciencias citadas sino prácticamente de todas las ciencias (Psicología, Criminología, Biológica, Contabilidad, Geografía, Ingeniería, etc.), que en esta forma se convierten en ciencias auxiliares del Derecho.

No debe avergonzarse el jurista de que su ciencia entre en contacto con otras ciencias, que se aproveche de las investigaciones realizadas en otros campos y que se vea obligado a tomar en cuenta datos aportados por la Moral, la Sociología, la Psicología la Economía, la Política y la Historia. Por el contrario en eso reside la grandeza de la ciencia jurídica en ofrecer una síntesis humanista bajo el signo de la Justicia sobre los diversos aspectos de la conducta humana.

2) También es lógico Kelsen con su filosofía cuando reduce todo el Derecho al Derecho Positivo. Si la ciencia del Derecho, no es más que el producto del conocimiento a priori de la conducta humana en cuanto bilateral, heterónoma, externa y sujeta a la

coacción, es evidente que tal es sólo la conducta regulada por el Derecho Positivo.

3) De nuevo Kelsen se vuelve a mostrar perfectamente coherente con su planteamiento Kantiano cuando reduce el campo de estudio de la Teoría Pura del Derecho al aspecto lógico-formal de las normas jurídicas. Si como quiere Kant, una ciencia no es más que el producto de un determinado modo de pensar a priori y si por otra parte, se distingue al pensar jurídico de otros tipos de pensar en cuanto que considera la conducta humana como sujeta a la coerción del Estado, entonces el Derecho no puede ser más que un conjunto de normas coactivas. Será un conjunto de normas y sólo un conjunto de normas (sin contenido y fin que nos interesen) porque el mundo del deber ser se conoce a través de las normas (así como el mundo del ser se conoce por las relaciones causales). Y serán normas coercitivas porque, según Kelsen, éstas son las normas que distinguen el Derecho, a todo derecho, de las otras especies de ordenamientos normativos. La Ciencia Pura del Derecho queda así reducida al estudio de las "formas" al pensar jurídico que son las normas coactivas.

Es la conducta social de hombres de carne y hueso la que preocupa a la ciencia jurídica, y no nada más las relaciones lógicas entre un presupuesto y un efecto jurídicos. De no reconocerlo así, el Derecho yacería deshumanizado, técnica sin alma, a la merced de la interpretación miope y rutinaria de un funcionario. El abogado podrá entonces ser fácilmente reemplazado por una máquina calculadora que inflexiblemente hará caer sobre los hombres la pureza coercitiva del Estado.

En cuanto a la coacción como nota esencial de las normas jurídicas, hay que reconocer que se encuentre sólo en las normas jurídicas y no en otros tipos de normas. Pero el hacer de la coacción la esencia del Derecho es empobrecer y deshumanizar la noción de éste. La coacción es sólo un medio del que echa mano la autoridad como último recurso para sancionar las conductas contrarias a Derecho, pero ni es el único medio ni constituye la esencia del Derecho. Tanto mejor será el Derecho cuanto menos necesidad tenga de recurrir a la coacción.

4. LA DESVIRTUACIÓN DE LA FUNCIÓN JURÍDICA

De acuerdo con Kelsen el Derecho Positivo constituye el principal objeto de estudio de la Ciencia del Derecho. Se cree que el reducir la noción del Derecho a la del Derecho Positivo es una nueva limitación impropia. El jurista no se interesa únicamente por la norma vigente, sino que tiene que preguntarse el por qué ha sido promulgada, ya que sin conocer ese por qué no podrá ni entender ni aplicar debidamente la norma.

Es procedente contra Kelsen la crítica que se puede hacer a todo Positivismo Jurídico: el Derecho Positivo, si no queremos que quede reducido a una letra muerta, tiene que ser valorado con los datos vitales que le dieron el ser. El Derecho Positivo es sólo la última manifestación de los principios de conducta por los que se rige una sociedad determinada, y esos principios incluyen valoraciones morales, problemas concretos -económicos y sociológicos- de la realidad histórica social, lo mismo que el juego

de las fuerzas políticas.

Si se quiere que el alumno de Derecho Positivo como la solución que por el momento la autoridad considera más justa a los problemas surgidos de la convivencia de una sociedad determinada de acuerdo con los principios inmutables del Derecho. Los ordenamientos positivos tarde o temprano acaban por ser reemplazados por otros. La enseñanza del Derecho que sólo se limitara al Derecho Positivo de un momento dado y de un Estado determinado no prepararía juristas, capaces de entender al Derecho en todas transformaciones, sino meros funcionarios de una determinada administración estatal.

Ningun abogado se considera el hombre de una Constitución, de un sólo Código Civil o Penal, de una sola legislación. El verdadero jurista debe ser capaz de trazar desde sus orígenes el lento perfeccionamiento de cada institución jurídica y de prever su futura evolución, de acuerdo con unos mismos principios que, no por barajarse en la diversidad de las circunstancias, dejan de constituir la armazón inmutable del Derecho. El Derecho Positivo no es más que la fachada más visible del Derecho pero no lo agota como un código moral no agota la moral ni un tratado de Física agota el orden físico.

Reconozcamos que el Derecho es esencialmente un sistema de normas y que el estudio de las mismas es tarea central de la ciencia del Derecho. Pero de ningún modo se pueden excluir del campo de la Ciencia del Derecho ni los contenidos de las normas ni sus fines. Tampoco puede el jurista dejar a un lado el estudio de las realidades (principalmente sociológicas, económicas y políti-

cas) que causan los conflictos a cuya solución están destinadas las normas jurídicas. Ni pueden ignorarse los ideales de Justicia que vienen a dar vida a las normas y a constituir su espíritu mucho más importante que la forma lógica en que están redactadas.

Es falso que el verdadero jurista deba reducir el campo de su ciencia al estudio de las normas jurídicas. El mismo Derecho Positivo conmina al jurista a acercarse lo más posible a la realidad. Así el Código Penal para el Distrito y Territorios Federales establece, en el artículo 51, que "dentro de los límites fijados por la ley, los jueces y tribunales aplicarán las sanciones establecidas para cada delito, teniendo en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente". y el artículo 52 termina con el siguiente párrafo; "El juez deberá tomar conocimiento directo del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso".

Y la idea de que el Derecho es un orden normativo para cuyo cumplimiento el único estímulo es el temor a la sanción no deja de producir escalofríos. Nos hace sentirnos en nuestra pequeñez y debilidad ante el monstruo sin alma del Estado moderno. Cuando éste debe ser el protector y estimulador de las actividades constructivas de todos los súbditos, Kelsen nos hace ver en él únicamente su aspecto más negativo, el de sancionador de las conductas contrarias. En vez de animar al Estado con el espíritu de la Justicia, de la seguridad y de la paz social, Kelsen lo identifica con el sistema normativo que, despreocupado de la Justicia de sus mandatos sólo procura la eficacia de los mismos. La visión del Estado que nos da Kelsen es la del Estado absolutista, eficaz y sancionador.

B) LA NEGACION DE KELSEN A UNA AXIOLOGIA JURIDICA

1. LA SEPARACION IRREDUCTIBLE DE LA MORAL Y EL DERECHO

"Al conocer al derecho como la técnica social específica de un orden coactivo, podemos distinguirlo netamente de otros órdenes sociales que en parte tienen los mismos fines, si bien los persiguen por medios enteramente diversos. El derecho es un medio, un medio social específico, no un fin. Tanto el derecho como la moral prohíben el asesinato. Pero el derecho lo hace estableciendo que si un hombre comete el delito de homicidio, entonces otro hombre, designado por el orden jurídico deberá aplicar contra el homicida cierta medida de coacción prescrita por el mismo orden. La moral se limita por su parte o decimos: 'no matarás'. Y si un asesino sufre ostracismo moral de parte de prójimos, y más de un individuo se abstiene de matar no tanto porque quiera evitar la sanción del derecho, sino porque teme la desaprobación moral de sus semejantes, en todo caso subsiste una diferencia esencial: la de que la reacción del derecho consiste en una medida coactiva impuesta por el orden y socialmente organizada, mientras que la reacción moral contra la conducta contraria a las normas éticas no está establecida por el orden moral ni, en caso de existir, se halla socialmente organizada. . ."(38)

Aun cuando tanto la moral como el derecho prohíban el asesinato, la reacción contra el acto violatorio es distinta en cada

(38) Ibídem. p.23.

caso, y sólo en el del derecho hállese socialmente organizada y puede traducirse en la imposición de medidas coercitivas. Lo mismo el acto violatorio que la sanción se encuentran determinados por el orden jurídico. Esta última es la reacción de dicho orden contra el acto antijurídico o, "lo que equivale a lo mismo, la reacción de la comunidad, constituida por el orden jurídico, frente al violador. Esto equivale a decir que la persona que ejecuta la sanción actúa como órgano de la comunidad constituida por ese orden. Una comunidad social no es otra cosa que el orden que regula la conducta mutua de los sometidos al mismo. Decir que determinados individuos pertenecen a cierta comunidad, o la forman, significa que se encuentran sujetos a un orden común que regula su conducta recíproca. La sanción jurídica es de este modo interpretada como acto de la comunidad jurídica; mientras que la de carácter trascendente -enfermedad o muerte del pecador o castigo en el otro mundo- nunca se interpreta como reacción de un grupo social, sino como acto de una autoridad sobrehumana y, por ende, superior a la social". (39)

Kelsen sostiene que la doctrina que hace de la coacción un elemento esencial de la regulación jurídica no debe ser interpretada en sentido psicológico. Pues esa doctrina en ningún caso pretende que la representación o la eficacia de la sanción formen parte del concepto del derecho. La compulsión psíquica que esa re

(39) GARCIA Maynez Eduardo, Algunos aspectos de la doctrina Kelseniana, edit. Porrúa, S.A. México, 1978.
p. 113.

presentación ejerza en el sujeto obligado por la norma secundaria es irrelevante a los ojos de Kelsen. Lo decisivo, para él, no es la existencia del temor, por parte del súbdito, sino la de la acción socialmente organizada. El intento de convertir la "compulsión psíquica" en elemento esencial al concepto del derecho está además expuesto, según el creador de la teoría jurídica para, a otra objeción grave: la de que "no conocemos exactamente que motivos inducen a los hombres a cumplir las normas jurídicas. Del hecho de que en gran medida se comporten de acuerdo con ellas, será indebido concluir que tal cosa se debe al temor a las sanciones". (40)

2. LOS FINES ESTATALES COMO VALORES DEL DERECHO

Quando surge el Estado como ente es el Derecho quien lo constituye y perfecciona. Sucede que el ordenamiento jurídico arbitrario es la contradicción entre el contenido de equilibrio, dignificación humana y fin valioso común del Derecho, ya que la realidad de un regulador simplemente coactivo, desintegrador, abusivo y egoísta o particular en sus finalidades, desvirtúa lo jurídico. No todos los fines estatales adolecen de estas fallas, pero es preciso recordar, que el Derecho es un ente objetivo y valioso y no un simple instrumento al servicio o inclusive, al capricho estatal. Se da así el deslinde entre los fines jurídicos y los fines estatales. Los primeros inherentes e inmutables en todo Dg

(40) KELSEN Hans. op cit. p. 24.

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

recho, los segundos relativos y mudables en cada Estado; aquellos con un valor intrínseco, estos, siendo estimados subjetivamente, con un valor variable. En este terreno surgen las doctrinas que trasladan del campo axiológico al ámbito meramente funcional, a las finalidades jurídicas, confundiéndolas con las metas estatales. Así se habla de fines jurídicos como la paz social, el progreso económico, el desarrollo integral estatal, equidad, pero marcada la diferencia y comprobada la posible controversia entre las causas últimas jurídicas y las finalidades políticas, la multiplicidad de los valores jurídicos los cuales se reducen a tres: Justicia, Bien Común y Seguridad Jurídica. Axialógicamente, es más adecuado hablar, teniendo en consideración el valor de las finalidades del Derecho, no de fines sino de valores, ya que si funcionalmente al Derecho le corresponde instituir, regular y supervisar las interrelaciones humanas, teleológicamente le corresponde, realizar los valores éticos sociales, éticos personales, la aspiración de equilibrio armónico relacional y la dignificación de la persona física y colectiva.

Como todos los fines valiosos, los valores jurídicos tienen como característica ser objetivos absolutos, universales, actuales y de realización futura, éticos, intemporales, inmutables y benéficos al ser humano. Son objetivos ya que van más allá de la simple estimación personal o subjetiva, la que les niega valor en sí, son absolutos porque no pueden darse en forma relativa o condicionada. En cuanto a su universalidad, tales fines son valiosos por su validez en toda sociedad, en todo tiempo y lugar; son actuales y de realización futura ya que implican un deber presen-

te e inmediato y por su cumplimiento, un bien posterior o mediato son éticos precisamente por el deber implícito o adecuación de la conducta a un fin de bien racional o superación integral humana; son intemporales ya que existen en cualquier época y por su cualidad apriorística son trascendentales, a diferencia de los medios útiles que se hallan sujetos a la temporalidad; son insutables ya que pertenecen esencialmente sin variación por su misma naturaleza valiosa y por último son benéficas al ente humano, por su aspiración trascendental.

Corresponde a la Justicia la función de armonizar todas las acciones e interacciones humanas en el ámbito social. Para lograr la armonía y el equilibrio, es indispensable proponer la unidad social, pero no imponerla, ya que es imprescindible dar importancia a cada individuo por ser parte integrante de la comunidad, pero es aún más imprescindible otorgársela por ser una persona.

Todo ser humano tiene un conjunto de derechos básicos o primordiales, de bienes que la norma jurídica debe tutelar; estos derechos constituyen el "suum" de lo justo o suum cuique; "lo suyo de cada cual". La polémica nace desde la determinación de dicho suum, ya que algunos doctrinarios afirman que es indefinible lo cual es falso, ya que si todo ser humano tiene un conjunto de bienes que protege el Derecho, tiene un conjunto de derechos y obligaciones, válidos y respetables en su relación con los demás, ya nivel individual o comunitario. En la praxis jurídica tal suum consiste en todo lo que pertenece a una persona, que es imprescindible para la conservación y desarrollo de su vida, así como para su superación y las facultades que además, el Derecho Positivo le

atribuya.

La justicia tiene una doble integración: por los principios de alteridad y reciprocidad, el deber de cada persona estriba en respetar la esfera personal de los demás, es decir prodigándose cada miembro social hacia los restantes, y así lo justo es critico ético y valor al mismo tiempo.

En relación con el principio de igualdad o equivalencia, por el que se guía la Justicia, consistente en tratar a todos imparcialmente, existe el de la igualdad proporcional o proporcionalidad o sea el reparto de beneficios y cargas sociales de acuerdo a la calidad o merecimientos de cada miembro social. La igualdad generaliza, la proporcionalidad individualiza. Formalmente, o en su aspecto lógico, la Justicia se clasifica en: distributiva, por su función de reparto equitativo de cargas y derechos entre personas físicas y morales; conmutativa, como reguladora de los convenios que vinculan a los sujetos retributiva, denominada sancionadora, que se traduce como una recompensa o un castigo a determinada conducta.

Materialmente, lo justo se clasifica primordialmente en lo Justo Común, aludiendo aun interés de equilibrio comunitario y en lo justo particular, referente al equilibrio de intereses personales dentro de la estructura social. Así es posible ver dos géneros de justicia: la general o comunitaria y la particular o personal.

La esencia de la Justicia esta presente en todas las relaciones humanas y claramente se contempla en las vinculaciones jurídicas, en las que el sumo de lo justo se resume a " dar a cada uno según su derecho, a cada cual según sus actos".

El Bien Común.— Es un conjunto de bienes y condiciones de una comunidad, que hacen posible alcanzar a ésta la máxima perfección y se integra por finalidades valiosas espirituales y morales (valores intelectuales, culturales, históricas, etc.) y por sus bienes materiales (físicos, geográficos, económicos, etc.). Desde el ángulo formal, el Bien Común es la suma de todos los bienes particulares o privados, pero no tomando dicha suma en un sentido simplemente acumulativo o de adición, sino en una dimensión proporcional ya que cada bien particular debe existir en plena armonía con los bienes personales de los demás, para constituir verdaderamente un ambiente de bienestar general.

Jurídicamente este valor es la finalidad de armonía y de solidaridad que precisa toda forma social regulada por el Derecho, para la estabilización de las interrelaciones de sus individuos e instituciones de sus individuos e instituciones. Resulta entonces, que apesar de su contenido ético original, el Bien Común es una realidad propia de lo social y una aspiración de beneficio general.

Su relación con la justicia se dá claramente en la aspiración de equilibrio o armonía de los bienes personales como fin de bien para toda la comunidad. Este equilibrio es el fruto de una estimación justa de los bienes particulares; de un trato igualitario a todos los miembros sociales respecto a sus intereses ya una distribución proporcional a cada uno, de los beneficios comunes, acorde a los merecimientos de cada cual. Es la Justicia, en su aspecto de valor absoluto y armonizador de las interrelaciones humanas, la idea directriz o rectora del Bien Común. Ontológicamen

te, lo justo es un elemento integrador del Bien Común; axiológicamente, la justicia es una finalidad de dicho bien: la aspiración a una armonía y equivalencia de los bienes personales, aun orden justo, a una justicia social y por tanto, a la aspiración de lo justo absoluto.

La Seguridad Jurídica, dicho valor se incorpora al Derecho Positivo y se halla vinculada con el mundo material o praxis jurídica. Se presta como una garantía dada al individuo de que su persona, bienes y derechos no serán lesionados, y de que si tal lesión se produce, le será reparado, el daño. Es así una garantía por parte de la sociedad entera, de protección y reparación a cada esfera personal de los miembros comunitarios.

Formalmente, la Seguridad Jurídica se relaciona con el dato subjetivo de certeza jurídica o conocimiento de los preceptos legales que protegen la esfera personal de los miembros sociales, así como el conocimiento de cuales estados de hecho pueden tornarse en situaciones jurídicas. Materialmente, la garantía de seguridad es la protección legal, de los bienes personales por tanto de la autoridad estatal y que requiere como condición que el Derecho Positivo sea completo: elevado a ley, cierto, no incidental y trascendente a la equidad.

Si la equidad es una expresión de lo justo o positividad de lo justo, la Seguridad Jurídica requiere de la presencia del Criterio de Justicia ya en su acepción de Justicia Legal, ya en su alcance de valor absoluto, incluso para integrarse, ya que uno de sus elementos es precisamente la Justicia y los restantes, la eficacia y el orden.

La relación entre la Seguridad Jurídica y la Justicia, como fines del Derecho; es estrecha, ya que la segunda además de ser un elemento integrador, es la guía absoluta principio rector para que la primera exista. Mientras que la Justicia es un valor absoluto, creada de principios de validez ilimitada, la Seguridad Jurídica es un valor derivado del propio criterio ético de lo justo.

Por lo tanto la Justicia es el valor supremo del Derecho, esencia jurídica y finalidad racional, representada en el ámbito social por la finalidad del Bien Común y materializada en el mundo práctico, por la Seguridad Jurídica emanada del Derecho Positivo Justo.

Las finalidades de paz social, equidad, progreso económico, desarrollo integral, entre otros, no son sino derivaciones del Bien Común y de la Seguridad Jurídica ambos fundamentados en la Justicia; no son valores entonces, sino resultados de la existencia de los verdaderos valores jurídicos. Estos resultados son elevados a valores jurídicos, especialmente por los seguidores de la corriente positivista, quienes estiman el aspecto material del Derecho, olvidando que paralelo a la realidad o práctica jurídica existe un mundo más elevado esencial y trascendental por ello; el mundo de los valores, en el que el Derecho existe, por sus causas últimas, como un ente verdadero y valioso para la humanidad.

3. LA NEGACION DEL ASPECTO AXIOLÓGICO JURÍDICO

A los que Kelsen llama juicios de justicia son considerados valoraciones auténticas, en el sentido de la moderna axiología, por que no se refieren al hecho de que tales o cuales preceptos sean parte integrante de un sistema, sino a su validez intrínseca y, por tanto, a la justificación o injustificación de lo que mandan.

Aun cuando Kelsen reconoce la existencia de esos juicios, categóricamente declara que no pueden ser objetivos. Al hacer tal afirmación —que implica la de que es tan condicionadas por ideologías— aventura una tesis que no se ajusta al principio de la pureza del método y que, a fin de cuentas, niega la objetividad de los valores y, eo ipso, la justificación teórica del segundo de los grandes problemas filosófico-jurídicos, el de índole estimativa.

Por razones análogas es criticable la tesis de que el deber ser, en la órbita del derecho, es sólo forma de enlace de una consecuencia con el hecho que la condiciona o, en otros términos, simple relación imputativa en que la referencia al antecedente no significa que la conducta ordenada constituya la justa solución del caso, empleando al término justo en su sentido axiológico. En tal sentido axiológico que tanto rigor han esclarecido Max Scheler y Nicolai Hartmann, está siempre implícita una pretensión de justicia o, para expresarlo de manera más amplia, la de que lo exigido por la norma debe ser en cuanto vale. Negar que el contenido de los deberes impuestos por las del derecho exista esa refe

rencia a los valores que los fundamentan, es transpasar la linde de la consideración formal de tales preceptos, y desconocer un dato inequívoco de la experiencia jurídica. (41)

"La Teoría Jurídica Pura aspira a exponer el derecho tal como es, sin legitimarlo por su justicia ni descalificarlo por su injusticia; preguntase por el derecho real y posible, no por el justo. En tal sentido, es una teoría radicalmente realista. Rechaza toda valoración, todo juicio en torno al derecho positivo. Como ciencia, no se siente obligada más que a conocer éste en su esencia, y a comprenderlo mediante un análisis de su estructura".

4. LA INEXISTENCIA DE LA JUSTICIA Y SU VAGUEDAD

En el siglo V antes de Cristo, Trasímaco prohió una doctrina semejante, al definir la justicia como " lo que conviene al más fuerte ". Jactábase el sofista de que su definición era aplicable a todas las formas de gobierno. Los detentadores del poder legislan siempre en su provecho. El gobernante en todo caso busca su propia conveniencia, pero tiene buen cuidado de presentar sus personales intereses como exigencias justas. Dentro de un régimen monárquico la ley exigirá lo que favorezca al monarca; en una aristocracia se buscará la utilidad de la minoría que manda y en el gobierno democrático, la actividad del legislador tendrá como mira proteger los intereses del mayor número. Lo estatuido en la ley se presenta en todo caso como algo objetivamente válido,

(41) GARCÍA Maynes Eduardo, op cit. p.p. 40-41.

aun cuando en realidad no sea sino el disfraz de los intereses de un individuo o de una clase. La justicia resulta entonces una bella máscara, tras de la cual se oculta el gesto de avaricia, la codiciosa mirada del fuerte.

Kelsen coincide con el retórico griego cuando asevera que la doctrina del *ius naturale* y, mas concretamente, la idea de justicia, no son sino ideologías cuyo verdadero fin consiste en justificar determinada forma política.

Para el creador de la Teoría Jurídica Pura los únicos juicios acerca de lo justo a los que puede atribuirse significación objetiva, son los de "legalidad": "justo" es que una norma sea aplicada en todos aquellos casos en que, de acuerdo con su contenido, debe aplicarse; "injusto", que sea aplicada en su caso y de je de aplicarse en otro semejante.

"La justicia legal consiste en la concordancia de un acto con la norma que lo rige. El acto es injusto si contradice el contenido del precepto. Expresado en otros términos: una persona actúa jurídicamente si se comporta como debe comportarse según el ordenamiento jurídico; y se comporta antijurídicamente si no actúa como debe hacerlo. El juicio jurídico de valor de que una conducta es jurídica o antijurídica, es la aseveración de una relación positiva o negativa entre una conducta y una norma, cuya existencia presupone la persona que hace el juicio. Semejante juicio implica, pues, la existencia de una norma, de un deber ser.

Se significado como juicio de valor reposa, en consecuencia, sobre el significado de la aseveración de que la norma existe".(42)

C) EL ANALISIS KELSENIANO DE LA NORMA JURIDICA

1. EL SER Y EL DEBER SER EN LA TEORIA KELSENIANA

No niega Kelsen que el deber ser tiene por objetivo al ser, sin embargo, a pesar de que resultan por este motivo ciertas relaciones recíprocas entre ambos, en última instancia entre el mundo del ser y del deber ser existe un abismo infranqueable. (43)

En las relaciones entre ser y deber ser, la teoría de Kelsen encuentran una autonomía irreductible entre ambas esferas, Cuando decimos de un acontecimiento social: se ha cometido un fraude, y na pareja se ha casado o un contrato se ha celebrado, esto significa que determinados hechos sensibles han sido revestidos de una significación jurídica, en virtud de que una proposición jurídica que se refiere a ellos se ha interpretado, atribuyéndole al hecho cierta cualidad jurídica. De esta manera, " el deber ser jurídico no significa ahí otra cosa que una categoría relativamente a priorística para el conocimiento del material jurídico empíri

(42) TERAN Juan Manuel, Filosofía del Derecho, 12a. ed. ed. porrría S.A. México. 1993. p. 350.

(43) KELSEN Hans, Sobre los límites entre el método sociológico y el jurídico, trad. Leandro Azuara, Revista de la Facultad de Derecho, 1969. p. 566.

camente dado. (44)

La significación o el sentido objetivo que va enlazado a un acto, es, sin tomar en cuenta a éste último, la esfera propia del deber ser. Entonces, cabe diferenciar a la proposición normativa propia del mundo del deber ser del acto psíquico o voluntad y de cualquier acontecimiento social, parte del mundo del ser; pues si bien, la proposición normativa es una categoría que funge como medio interpretador de la realidad.

El mundo del deber ser no es fenoménico como el del ser, ni no espiritual, ideal, como tal, no es objeto de un conocimiento explicativo como lo serían los hechos fácticos, naturales o sociales, sino objeto de un conocimiento normativo y aún más si se considera que las proposiciones normativas son ejecución o aplicación de otras proposiciones normativas.

En tanto las ciencias explicativas enlazan una causa a una consecuencia, las ciencias normativas enlazan un hecho condicionante con una consecuencia condicionada. La ciencia del derecho analiza, igual que cualquier ciencia normativa, este último tipo de relación o enlace, en su aspecto estrictamente esencial, en la proposición normativa, con toda independencia de los acontecimientos psíquicos y sociales que se enunciarán implícitos en la relación.

(44) KELSEN Hans, El método y los conceptos fundamentales de la Teoría Pura del Derecho, trad. Luis Legaz y Lecampa, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1983. p. 24.

Como doctrina normativa, el derecho es un aspecto de deber ser, centra su objeto de estudio sobre la idealidad y como consecuencia de lo anterior no tiene nada que ver con aquellos propósitos prácticos. (45) He aquí la debilidad de esta posición, pues deja desentendidos los condicionamientos psicosociales que permiten concreción real de los fines del derecho y esto es un doble sentido, ya sea como el estudio de las específicas características existenciales que permiten y hacen necesarias determinadas normas jurídicas, o bien, como la comprensión de que no toda posible realidad es susceptible de encuadramiento jurídico en formas estables.

Kelsen es posiblemente quien más ha llamado la atención acerca de que el derecho es un deber ser. Esto es, que lo jurídico es de esencia normativa; tiene un ser normativo. El derecho pertenece al mundo del deber ser, donde se formulan proposiciones del tipo " si A entonces debe ser B "; a diferencia de ese otro mundo, el físico, donde el tipo de proposiciones es " si A entonces B ". Kelsen llama a estos dos órdenes, el deber ser y el ser. Pero este último término puede inducir a cierta confusión y es preferible denominarlo mundo físico.

En todo esto Kelsen tiene toda la razón. Pero la cuestión es esta: el derecho es un deber ser, un ser normativo, en general para todo tiempo y lugar. Pero además es un deber ser en cierto sentido, de cierta manera concreta. La forma envuelve contenidos

(45) LARROYO, Francisco y Cevallos Miguel Angel, La lógica de las ciencias, ed. Porrúa S.A. México 1961, p. 313.

diversos. El ser normativo es la forma, mientras que el ser normativo así es el contenido. La gran pregunta, la que Kelsen no quiere contestar, es si el derecho puede tener cualquier contenido, si su ser así puede ser o no de otra manera. Este es el gran tema de la teoría general del derecho.

2. LA NORMA COMO SUPUESTO HIPOTETICO FORMAL

Es común, en las nociones generales introductorias del derecho, apuntar que toda norma implica la presencia de una hipótesis sobre la cual se determina cierta consecuencia o ciertos efectos jurídicos.

El carácter condicional e hipotético de las normas jurídicas está basado en su carácter bilateral o vinculatorio. En cambio, las relaciones categóricas pertenecen al orden moral, porque los deberes morales sí son, por así decirlo, puros y simples; o sea, que no se tiene el deber de respetar al prójimo sólo frente a determinados sujetos o en determinadas circunstancias, sino que siempre es válida esa norma; inclusive sin previo o recíproco respeto, no se justificaría la maldad.

Si analizamos una norma jurídica cualquiera descubriremos que es un juicio hipotético que enlaza a la realización de sus supuestos determinadas consecuencias de derecho. El precepto según el cual "si un obrero sufre un accidente de trabajo, el patrono está obligado a pagarle una indemnización", consta, como toda norma abstracta, de dos partes. La primera, llamada supuesto, es la hipótesis que al realizarse da nacimiento a las consecuencias nor-

mativas o, en el caso del ejemplo, la previsión de que un obrero sufra un accidente; la segunda, denominada disposición, estatuye la consecuencia jurídica o, para volver al ejemplo, es la parte de la regla que obliga al patrono a indemnizar al trabajador.

En rigor, toda norma es hipotética, en el sentido de que los deberes que impone o las facultades que confiere necesariamente están condicionados por la realización de ciertos supuestos. Los imperativos categóricos del filósofo de Königsberg son categóricos por su forma gramatical, pero se hallan, como toda norma, ligados a determinadas hipótesis. (46) El "no robarás" no sólo presupone la institución de la propiedad, sino el apoderamiento de una cosa ajena mueble, sin derecho, y sin el consentimiento de quien puede disponer de ella con arreglo a la ley.

Encontraremos que, por tanto, un criterio que permita distinguir, desde el punto de vista lógico, las normas jurídicas de las que no lo son.

Se ha dicho que la diferencia estriba en que mientras las segundas obligan, pero no facultan, las jurídicas obligan y facultan a un tiempo. Expresado de otro modo: la realización del supuesto, en el caso de las últimas, puede engendrar facultades o deberes, lo que no ocurre en el de las restantes, porque la realización de sus supuestos sólo da nacimiento a obligaciones.

La norma que dice: "si un trabajador sufre un accidente de trabajo el patrono está obligado a pagarle una indemnización", es

(46) GARCIA Máynez Eduardo, Introducción al estudio del derecho, 5a. ed. México 1953, p. 13.

un juicio prescriptivo, ya que hace depender, de la realización del hecho condicionante, el nacimiento de una obligación. La que el patrono tiene de indemnizar al obrero es correlativa de un de recho de la otra parte, y tal correlatividad es precisamente lo que determina la índole jurídica del deber de aquel sujeto o, en otras palabras, lo que hace que tal deber no sólo sea deber, sino deuda. (47) Pese a lo expuesto, la dificultad subsiste, porque la norma que impone la obligación no se confunde con la que conce de el derecho, como lo revela este análisis de sus elementos lógcos:

JUICIO PRESCRIPTIVO:

Hipótesis: "Si un trabajador sufre un accidente de trabajo

Disposición:

Sujetos: el patrono

Cópula: tiene el deber de

Predicado: pagarle una indemnización".

JUICIO ATRIBUTIVO:

Hipótesis: "Si un trabajador sufre un accidente de trabajo,

Disposición:

Sujeto: el trabajador

Cópula: tiene el derecho de

Predicado: exigir del patrono el pago de una indemnización".

(47) GARCIA Máynez Eduardo, Ensayos Filosófico-jurídicos, 1934-1979; 2a. ed. Universidad Nacional Autónoma de México 1984 p. 143.

Mientras la primera alude al aspecto pasivo, la segunda hace referencia al otro aspecto del vínculo legal.

Así como el elemento fundamental del juicio enunciativo es el concepto-sujeto, en el caso de los preceptos jurídicos el elemento fundamental es también el concepto-sujeto, y su función consiste en designar la persona a quien la norma es aplicable, y so meterla a lo estatuido.

La cópula jurídica no imputa las consecuencias a los sujetos de la regulación como cualidades de éstos o expresión de ciertas características de su conducta efectiva, sino, en un caso, como exigencia de que el obligado se comporte en la forma prescrita y, en el otro, como autorización, concedida al pretensor, para proce der de tal o cual manera.

3. LAS PROBLEMÁTICAS FORMALES DE LA HIPÓTESIS JURÍDICA

La norma básica tiene, según Kelsen, carácter formal-dinámico. En tal hipótesis pertenecen al sistema los preceptos que han sido creados en la forma establecida por aquella norma. Lo fundamental no sólo encierra prescripciones sobre la creación de nue vos preceptos o la enmienda de los existentes; indica, además qué autoridades deben encargarse de esas tareas, o de aplicar, a cas os concretos, las reglas del orden.

La institución, por la norma básica, de órganos creadores y aplicadores, engendra diferencias de rango entre tales órganos y, al propio tiempo, condiciona la estructura piramidal del sistema, lo que da nacimiento a una complicada red de relaciones de supra

y subordinación entre las reglas que de aquella norma derivan.

El hecho de que la fundamental enumere los requisitos de creación y reforma de los preceptos jurídicos, implica, por otra parte, la repulsa de cualquiera que no encuentre en la suprema la razón mediata o inmediata de su fuerza obligatoria, y de esta suerte brinda un criterio que permite esclarecer cuándo una norma pertenece a dicho orden. (48)

Frente al criterio axiológico-material de valides, que hace depender la justificación de las normas de sus nexos con los juicios de valor que la fundamentan, aparece así otro puramente ex trínseco, que no toma en cuenta al contenido de las reglas norma tivas, sino la forma del proceso a través del cual son creadas,

Kelsen sostiene que los de carácter estático-material son no rales. De ello colige que el criterio material es aplicable cuando se trata de determinar la validez de las normas éticas, en tan to que el formal o extrínseco es el único de que debemos servir nos para establecer a una regla de conducta es jurídica. (49)

Aun cuando coincidamos con el famoso autor en que el segundo unterio permite determinar qué normas-legisladas, consuetudinarias o jurisprudenciales- pertenecen a un ordenamiento positivo, no podemos seguirlo cuando proclama la exclusividad de aquella pauta.

Sí de acuerdo con lo que dispone la ley fundamental, una autoridad delega en otra la facultad de crear derecho o de aplicar

(48) KELSÉN Hans, op cit. p. 132.

(49) Id.

a casos singulares las normas del mismo, la delegante nunca regula en todos sus pormenores los actos de la otra, sino que le concede un amplio margen de libertad. (50) Dentro de este cauce, la segunda despliega su propia iniciativa, e incluso cuando su tarea consiste en reglamentar disposiciones ya existentes, jamás deja de inspirarse, al formular de recurrir a éstos resulta mucho más patente si la autoridad superior hace una delegación en blanco, o el problema de la inferior no estriba en aplicar, sino en hacer reformas a determinados preceptos. Pues si de lo que se trata es de estatuir lo que, en tales o cuales circunstancias, jurídicamente debe ser, la cuestión sólo puede resolverse a la luz de pautas estimativas.

Cosa semejante ocurre en el caso de los órganos jurisdiccionales. Como el propio Kelsen lo explica con admirable claridad, la labor de aquéllos no es meramente reproductiva del contenido de los preceptos aplicables al caso de que conocen, sino que tiene siempre -por el ancho margen de libertad de que los jueces disfrutan- un sentido creador. Con gran frecuencia, la exégesis de los textos o la individualización de las consecuencias normativas(51) exigen del magistrado el empleo de pautas de índole axiológica. Tampoco es raro que la ley lo remita a tales pautas, como acontece cuando el caso no ha sido previsto, y es menester aplicar, para solucionarlo, los llamados principios generales del derecho,

(50) KELSEN Hans, *op cit.* p. 58.

(51) GARCIA Mányez, Lógica del concepto jurídico, Fondo de Cultura Económica, México 1959, Cap. I p. 11.

directrices genéricas merced a las cuales es posible, en mayor o menor grado, y relativamente al hecho que se juzga, realizar ciertos valores. (52)

Por otra parte, aun cuando se acepte que la pertenencia de una norma a un sistema de derecho sólo puede establecerse de acuerdo con el criterio formal, la misma naturaleza de éste remite al problema de la justificación intrínseca de los preceptos elaborados por los órganos de creación jurídica. Sin dejar de reconocer la validez intrínseca de tales preceptos -que en verdad nada indica sobre su bondad o justicia- cabe plantear el otro problema o, en diferentes palabras, inquirir -en actitud crítica- si la exigencia que formulan está o no justificada.

4. LA PIRÁMIDE NORMATIVA DE HANS KELSEN

Si concebimos al derecho como sistema normativo, tendremos que esclarecer, ante todo, qué es lo que fundamenta su unidad, y cuándo puede decirse que tal o cual norma pertenece a dicho sistema.

Para Kelsen, hay dos tipos o especies de sistemas: los estáticos y los dinámicos. Declarar que las disposiciones de un ordenamiento estático son válidas, significa que su validez es referida a una norma suprema frente a cuya materia la de los restantes puede subsumirse como lo particular bajo lo general. Ello natu-

(52) GARCIA Máynez Eduardo, Lógica del raciocinio jurídico. Fondo de Cultura Económica, México 1964. Cap. I p. 6.

ralmente significa, de acuerdo con la doctrina Kelseniana, que la validez material de aquélla es evidente, y tal concepto de evidencia remite "al de una razón práctica o legisladora". (53)

Sólo que el último de estos conceptos resulta insostenible, porque "la razón sirve para conocer, no para querer" y la postulación de normas es un acto de voluntad. No hay, pues, ninguna cuya fuerza obligatoria "sea evidente". Lo que ocurre, cuando se les atribuye tal carácter, eso que se tiene la creencia de que fueron establecidas por Dios o por una autoridad sobrehumana, o que derivan de una costumbre conmemorial que se juzga indiscutible.

Los sistemas de índole dinámica se caracterizan, en cambio, porque en ellos la norma fundamental —no histórica, sino supuesta— contiene las reglas de acuerdo con las cuales las demás normas—generales o individuales— deben ser creadas. El aserto de que cualquiera de ellas pertenece a un orden de tal especie significa que fue establecida en consonancia con dichas reglas, por lo que su validez dinámica del cumplimiento de éstas, no de lo que la norma estatuye.

Los principios estático y dinámico aparecen unidos cuando la norma fundamental hipotética se limita a facultar a una autoridad para crear derecho, y esta autoridad, o las delegadas por ello, formulan normas en las que se ordenan determinado comportamiento a los destinatarios, y de las cuales otras pueden ser deducidas mediante operaciones lógicas.

(53) KELSEN Hans. op cit. p. 198.

Como, para Kelsen, el orden jurídico tiene naturaleza formal-dinámica, dentro de éste "cualquier contenido puede ser dado cho". (54) La validez de una norma no debe, por ende, ser negada si es contradictoria de otra que no pertenece al sistema.

La fundamental hipotética se distingue, como constitución en sentido lógico-jurídico, de la que ha sido positivamente establecida. "Aquella representa el punto inicial de un procedimiento: el de creación del derecho positivo". (55)

Así mismo establece que "Los actos coactivos deben decretarse en la forma y condiciones en que la primera constitución histórica y las normas conformes con ella lo estatuyan", es decir "Hay que conducirse como la constitución lo isponga", (56)

Dentro del orden estatal, la constitución, en sentido jurídico-positivo, es el peldaño más alto de la pirámide. Por constitución, en la acepción material del vocablo, Kelsen entiende la o las normas positivas por medio de las cuales se regula la creación de otras normas generales. La constitución, en ese sentido material, puede ser creada, ya por la vía consuetudinaria, ya legislativamente. Como en la última hipótesis, aparece en un documento, se habla entonces de constitución escrita, para distinguir la de la emanada de la costumbre.

Ese documento recibe también el nombre de constitución en sentido formal. Kelsen reconoce que no sólo contiene disposiciones sobre la creación de normas jurídicas abstractas, sino sobre

(54) Ibid. p. 201.

(55) Ibidem. p. 202.

(56) Ibid. p. 203.

asuntos "políticamente importantes", lo mismo que otras que impiden que sus preceptos puedan ser derogados o modificados en la forma en que es posible hacerlo cuando se trata de las demás leyes.

Después de la constitución, en sentido jurídico-positivo, el peldaño inmediatamente inferior es el de las normas generales creadas consuetudinariamente o por vía legislativa.

"La diferencia entre ley y decreto adquiere especial importancia -escribe Kelsen- cuando la ley constitucional encomienda la tarea de crear normas generales a un parlamento elegido por el pueblo, pero permite, a la vez, la ulterior especificación de éstas por normas genéricas que expiden ciertos órganos administrativos; o, en casos de expedición, faculta al gobierno, en vez de facultar al parlamento, para expedir ciertas normas generales o todas las que en tales casos resulten necesarias". (57)

Las de índole abstracta (legislativas o consuetudinarias) deben ser aplicadas por órganos competentes, es decir, por las autoridades judiciales y administrativas. Las que los tribunales y los órganos administrativos deben aplicar cumplen, por ende, una función doble: 1) determinación de los órganos aplicadores y del procedimiento a que estos han de sujetarse; 2) determinación del contenido de las normas que a través de los procedimientos administrativos o judiciales deberán ser creadas.

Lo expuesto explica la diferencia entre normas de derecho adjetivo (o formal) y de derecho substantivo (o material). La prime

(57) Ibid. p. 235.

ra denominación corresponde a las normas generales que regulan la organización y el procedimiento de las autoridades judiciales y administrativas; la segunda, a las que determinan el contenido de los actos de tales autoridades.

Todo acto jurídico es, al mismo tiempo, aplicación de una norma de rango superior y norma emanante de tal aplicación. Pero el principio sufre dos excepciones, de las cuales una está conatida por la norma fundamental y la otra por la ejecución de los actos coactivos. Si consideramos al orden jurídico del Estado sin relacionarlo con un derecho internacional supraordinado a él, la norma fundamental sólo determina la creación de la constitución, pero no es aplicadora de otra norma más alta. Solo los actos coactivos ordenados en normas individuales son siempre aplicación de las últimas, mas no tienen ya carácter normativo. "Por ello, la aplicación del derecho es o creación de una norma inferior con fundamento en otra superior, o ejecución de un acto coactivo normativamente prescrito". (58)

Los actos creadores y aplicadores del derecho deben ser distinguidos de los de cumplimiento. Cumplimiento es, para Kelsen, la conducta a cuyo opuesto contradictorio se enlaza, como sanción un acto coactivo. Se trata del proceder por el cual la sanción puede evitarse, o de la observancia de la obligación jurídica constituida por la sanción. "Creación, aplicación y cumplimiento del derecho son funciones jurídicas, en el sentido más lato de este vocábulo. El ejercicio de una facultad legal puede recibir tam

(58) Ibid. p. 240.

bién el nombre de cumplimiento. Pero sólo la creación y la aplicación son funciones jurídicas en sentido específico y "estricto". (59)

La razón inmediata de la pureza obligatoria del orden racial reside, de acuerdo con la doctrina del primado del derecho de gentes, en una norma positiva de este último; pero cuando se pregunta por el fundamento del orden internacional la respuesta sólo puede ser que tal fundamento se encuentra en la norma suprema del mismo, la cual, como auténtica norma básica, no puede ser "puesta", sino "supuesto". Es la hipótesis bajo la cual el llamado derecho internacional general, es decir, las normas en mayor o menor medida eficaces que regulan las relaciones recíprocas de los Estados, pueden ser consideradas por éstas como obligatorias. Se trata de normas consuetudinarias creadas por la conducta de los Estados, es decir, por la de los hombres que, de acuerdo con las respectivas constituciones, fungen como sus gobernantes.

Un punto en que la Teoría Jurídica Para pone particular énfasis es el relativo a la "esencia" de la norma fundamental. Para comprender tal esencia es preciso percatarse de que esa norma siempre está referida, de manera inmediata, a una constitución eficaz, creada en forma expresa o por costumbre.

Sólo si se admite que existe el deber de conducirse de acuerdo con una constitución normalmente eficaz, es posible interpretar el "sentido subjetivo" del acto por el cual esa constitución se promulga y el de todos los realizados de acuerdo, con ella, en

(59) KELSEN Hans, op cit. p. 242.

el "sentido objetivo" de los mismos actos, es decir, como normas jurídicas "objetivamente válidas". (60)

En el caso no se toma en cuenta qué contenido han de tener las leyes constitucionales o las demás que por aplicación de éstas se creen; tampoco la justicia o injusticia del orden o el hecho de que garanticen una situación de paz dentro de la comunidad en otras palabras: al presuponer la norma fundamental no se afijman ningún valor trascendente en relación con el derecho positivo. (61)

Su fundamento se establece por medio de un razonamiento silgístico: la premisa mayor está constituida por la expresión de una norma según la cual los mandatos de determinada persona o grupo de personas deben ser obedecidas; la menor da expresión al hecho de que esa persona o personas han ordenado que hay que conducirse de tal o cual manera, y la conclusión expresa la validez de la norma que estatuye que debe uno conducirse de esa norma.

2. LA NORMA HIPOTÉTICA FUNDAMENTAL KELSENIANA

Para justificar la existencia de un derecho cualquiera no basta decir que es eficaz; hay que demostrar que es legítimo. Pero hablar de legitimidad equivale a suponer la preexistencia de un orden normativo. Hace falta encontrar el principio que permita considerar como válida la norma fundamental.

(60) loc cit. p. 204.

(61) Id.

Algunas voces -afirma Kelsen/ es posible referir una constitución vigente, a otra u otras anteriores y encontrar en las últimas el fundamento de la primera. El derecho positivo establece las reglas de su propia creación y éstas no se refieren exclusivamente a la elaboración de leyes ordinarias, sino también al establecimiento de normas constitucionales. Si imaginamos una serie de constituciones sucesivas (cada una de las cuales hubiese sido establecida de acuerdo con los preceptos de otra anterior), podríamos remontarnos hasta una constitución originaria en la que hallarían su apoyo todas las anteriores. Kelsen llama a esta constitución norma fundamental hipotética.

La experiencia nos enseña, sin embargo, que en la historia del Estado, de los Estados en general, no existe un orden jurídico uniforme, una sucesión regular de constituciones. La mayor parte de las veces, los anales de la historia política de cada Estado registran revoluciones numerosas, muchas de las cuales provocaron la ruptura violenta del orden jurídico. No obstante, la unidad del Estado puede sostenerse, pese a los cambios de régimen producidos por los movimientos revolucionarios, cuando se admite la existencia de un orden jurídico supraestatal.

Si se acepta el primado del orden jurídico internacional que da a salvo el principio de la unidad del Estado. De acuerdo con una norma tácita de Derecho internacional público, la revolución victoriosa es considerada como un procedimiento extraordinario de reformas en el orden existente. Cuando una revolución triunfa y sustituye un orden jurídico por otro, los demás Estados suelen manifestar si reconocen o no al nuevo Gobierno. Tal reconocimiento

constituye, en última instancia, la aplicación de la norma tácita a que alude el jefe de la Escuela de Viena.

Pero como dice Mányez, ya sea que se afirme la supremacía del orden internacional o que se acepte el primado del orden jurídico nacional, la antigua dificultad subsiste, pues en ambas hipótesis del positivismo se trata de normas límites que es imposible justificar de un modo jurídico. (62) Kelsen dice que la norma fundamental es una hipótesis. Pero debe tenerse en cuenta que donde el método hipotético desempeña un importantísimo papel es en las ciencias físicas y matemáticas. Desde el punto de vista científico la hipótesis puede ser definida como una anticipación de una ley natural. A fin de explicar los fenómenos de la naturaleza el investigador imagina una relación hipotética; es decir, supone que los fenómenos en cuestión se relacionan de determinada forma, esta relación ideal adquiere el carácter de un principio científico cuando la experiencia demuestra que las relaciones reales del mundo físico coinciden con ella. Síguese de aquí que toda hipótesis para ser válida, debe ser confirmada por la realidad.

La expresión Kelseniana norma fundamental hipotética no puede ser interpretada del mismo modo. Tal norma es, por definición un mandato o imperativo. Pero un imperativo no puede ser comprobada o destruido por la experiencia, como Kant había demostrado. La hipótesis jurídica de Kelsen no es, pues, una hipótesis científica. El fundador de la Reine Rechtslehre emplea el término en

(62) BADENES Gasset, Ramon Metodología del Derecho, BOSCH, casa Edit.-Urgel, sibus BARCELONA, p. 131.

su acepción vulgar (como suposición, o mejor dicho, como postulado de su construcción normativa).

**CAPITULO IV. LA TEORIA PURA DE HANS KELSEN Y SU REDUCCION:
AL AMBITO METODOLOGICO.**

A) LAS CONTRADICCIONES EN LA TEORIA KELSENIANA.

- 1. UNA TEORIA GENERAL LIMITADA.**
- 2. UN DERECHO SIN VALOR PRACTICO NI ETICO PARA EL INTEGRANTE SOCIAL.**
- 3. UNA ESTRUCTURA HIPOTETICA Y NO ETICA DE LA NORMA.**
- 4. LA CONTRADICCION RESPECTO A LA JUSTICIA.**
- 5. LA EXISTENCIA DE ELEMENTOS METAJURIDICOS EN LA DOCTRINA KELSENIANA.**

B) LA INFLUENCIA DE LA CORRIENTE CIENTIFICA Y SUS CONSECUENCIAS EN LAS LIMITACIONES KELSENIANAS.

- 1. LA AUSENCIA DEL FACTOR SOCIAL EN EL ENTE JURIDICO.**
- 2. LA REDUCCION DE ASPECTOS JUSFILOSOFICOS A LA POSITIVIDAD CIENTIFICA.**
- 3. LA CONFUSION E INCONCLUSION DE LA DOCTRINA KELSENIANA.**

C) LA REDUCCION DE LA PUREZA KELSENIANA AL ASPECTO METODOLOGICO.

- 1. LA IMPOSIBILIDAD DE UNA APLICACION INTEGRAL DE LA TEORIA PURA AL ENTE JURIDICO.**
- 2. LA TEORIA PURA DE KELSEN: UNA LOGICA FORMAL.**

C A P I T U L O I V
LA TEORIA PURA DE HANS KELSEN Y SU REDUCCION
AL AMBITO METODOLOGICO
A) LAS CONTRADICCIONES EN LA TEORIA KELSEMIANA
I. UNA TEORIA GENERAL LIMITADA

El hecho inegable de que las normas jurídicas son formulas para ciertos fines, nada prejuzga sobre la naturaleza de los conceptos implicados en el de regla normativa. Si no se pregunta por el origen de los preceptos del derecho; como lo hace, por ejemplo, el sociólogo, sino que se presupone su existencia, tanto la finalidad como el origen de aquéllos quedan al margen de la formación conceptual jurídica.

La eliminación del momento teleológico convierte los conceptos que el jurista maneja en categorías puramente formales. El método que emplea, adverso a toda concepción finalista, parte del supuesto de que la teoría jurídica ha de limitarse al examen de la forma de los objetos, con cuyo contenido se ocupan tanto la sociología como las disciplinas histórico-políticas. Aun cuando aquella teoría esté referida al derecho como un todo, conviene tener conciencia de que su método sólo le permite aprehender una parte o aspecto de esa realidad.

Si se admite que sólo ha de examinarse la estructura de sus objetos, en los conceptos de la misma habrá que tomar en cuenta de modo exclusivo, los elementos formales de aquéllos.

El reproche, siempre repetido contra el método formalista, de que ofrece resultados "insatisfechos", porque no capta la vida y deja sin explicación la realidad jurídica, dice Kelsen, es un total desconocimiento de la esencia de la teoría del derecho,

cuyo fin no consiste en explicar el mundo del ser, ni en describir la vida. Motejar los conceptos jurídicos formales de construcciones vacías, carentes de valor, es tan absurdo como echar en cara a un geómetra que sus conceptos se refieran simplemente a la forma de los cuerpos, sin decir nada de su materia. El intento de insuflar vida a las formas jurídicas añadiendo a los formales elementos de contenido, inspirados en consideraciones teleológicas, es error metódico semejante al del estudiante de geometría que, al definir el cubo o la esfera, dijese que pueden ser de coque, madera o cartón. En cuanto análisis puramente estructural, la teoría pura podría considerarse, afirma Kelsen, como una especie de "geometría del fenómeno jurídico". (63)

Lo que el famoso autor denomina principio de la pureza del método es consecuencia de su concepción rigurosamente formalista del derecho. Si éste es forma, no sustancia, el jurista teórico ha de evitar cuidadosamente toda referencia a elementos de contenido. Lo que debe inquirir es ¿que es y cómo es el derecho? en cuanto hace ciencia, y no política jurídica, no le interesa como debe ser aquél, ni con arreglo a qué criterio ha sido formulado.

"La teoría pura del derecho aspira a librar a la ciencia jurídica de elementos extraños. Tal es lo que constituye su principio metódico fundamental. A primera vista, esto parece una verdad evidente. Pero una mirada a la ciencia jurídica tradicional, tal como se ha desenvuelto durante el siglo XIX y lo que llevamos del siglo XX, muestra cuán alejada hállase aquélla de haber res

(63) KELSEN Hans, op cit. p. 93.

pondió a la exigencia de pureza metódica. Con ausencia del más elemental sentido crítico, ha mezclado la ciencia del derecho con la psicología y la biología, con la ética y la teología. El jurista se ha declarado competente para entender de todo; no hay de seguro, ninguna ciencia social en cuyo recinto no haya penetrado; los juristas han creído acrecer su prestigio científico tomando prestados sus conocimientos de las obras disciplinas. La consecuencia lógica ha sido la desnaturalización de la ciencia del de recho". (64)

Por lo cual uno de los presupuestos de la Teoría Pura del De recho es "constituir una ciencia que tenga por único objeto al De recho o ignore todo lo que no responda estrictamente a su definición. El principio fundamental de su método es, pues, eliminar de la ciencia del Derecho todos los elementos que le son extraños". (65)

La ciencia jurídica es concebida como una ciencia exclusivamente normativa, esencialmente diferente de las ciencias del ser. Lo propio del derecho será el "deber ser jurídico", expresado en la norma jurídica. Esta va a ser tomada en su forma más pura e incondicionada, que es la "Forma lógica", el pensar lógico juríd ico; quedará aislada de su fin y de su contenido, pues uno y otro según Kelsen, caen en el campo de la Moral, de la Sociología, de la Psicología y demás ciencias metajurídicas.

(64) Ibídem. p. 9.

(65) Ibid. p. 15.

El "Deber Jurídico" es para Kelsen, una mera relación lógica entre un hecho exterior, sin ningún contenido interno (ni psicológico, ni moral, ni sociológico) de la conducta humana y el poder coercitivo del Estado que se expresa en los efectos jurídicos.

Por lo tanto es una teoría limitada, debido a la separación de determinados aspectos como se explica con anterioridad, ya que no puede ser considerada como una Teoría General porque, se supone que debe abarcar todo el ámbito jurídico, por lo cual la Teoría Pura del Derecho es una ciencia jurídica restringida es una pureza metodológica.

2. UN DERECHO SIN VALOR FÁCTICO NI ÉTICO PARA EL INTEGRANTE SOCIAL

Una de las exigencias planteadas por el principio de la pureza metódica es la distinción entre derecho y naturaleza. Tal distinción no es tan sencilla, porque el derecho —o lo que como tal se considera— parece radicar, en parte al menos, en el reino natural.

La teoría de que hablamos no solamente se preocupa por distinguir derecho y naturaleza; igualmente aspira a encontrar los límites entre ésta y el espíritu. El derecho, considerado como conjunto de normas, no es realidad física, sino espiritual. Hay, pues, que distinguirlo no sólo de la naturaleza, sino de los demás fenómenos espirituales y, sobre todo, de otras especies normativas de regulación de comportamiento.

Afirma Kelsen que se debe de romper la conexión en que se le ha presentado siempre la moral, claro que esto no significa la negación del postulado de que debe ser "moral", es decir, "justo" o "bueno". Lo que se rechaza es la teoría de que sea parte de la moral.

En este punto, Kelsen es explícito. "La justicia absoluta es un ideal irracional o, lo que viene a ser lo mismo, una ilusión, una de las eternas ilusiones de la humanidad. Desde el punto de vista del conocimiento racional, sólo existen intereses de seres humanos y los conflictos de intereses que esos seres ocasionan. Se puede alcanzar la solución de estos conflictos ya sea satisfaciendo un interés a expensas del otro, ya por un compromiso entre los intereses en conflicto. No es posible probar que sólo una u otra solución sea justa. Bajo unas determinadas condiciones, una solución puede ser justa; bajo otras condiciones, la otra". (66)

De acuerdo con esto, Kelsen se pronuncia por una filosofía subjetivista de la Justicia. "La posición que los principios morales se componen sólo de valores relativos -escribe- no significa que no contengan ningún valor; significa que no hay un único sistema moral, sino que hay varios sistemas diferentes, y que, por consiguiente, se debe seleccionar entre ellos. De esta suerte, el relativismo impone a cada individuo la difícil tarea de decidir

(66) VILLORO Toranzo Miguel, op. cit. p. 414.

por sí mismo lo que es justo y lo que es injusto". (67)

Kelsen está subordinando la existencia misma del orden de la Justicia a nuestra capacidad de conocer ese orden como si fuera una parte del orden empírico de la naturaleza, y, como en la naturaleza nuestra experiencia es incapaz de percibir sensorialmente un orden axiológico, concluye que no existe el orden de la Justicia absoluta.

Para Kelsen el conocimiento de las valoraciones morales carece simplemente de valor científico, es un conocimiento meramente subjetivo, relativo. Pagando tributo al Positivismo del Círculo de Viena, no quiere reconocer como científico más que el conocimiento que nasce de la experiencia. Eso significa que todos los juicios de valor que eran considerados por Kant también como científicos, aunque de una especie diferente de ciencia (la de la razón práctica, fundada en el imperativo categórico), dejan de ser científicos para Kelsen. De un golpe, descarta como anticientíficos todos los juicios de la Razón Práctica. Los ideales de Justicia que Kant había tratado de introducir furtivamente en el Derecho buscando en cada institución de Derecho Positivo un fondo de Derecho Natural, quedan excluidos terminantemente por Kelsen de la Ciencia del Derecho.

Kelsen es más osado y más lógico. Sin despreciar las investigaciones filosóficas sobre la Justicia y sobre el Derecho Natural, las coloca aparte, en el mundo de lo metajurídico, en el terreno de los deseos e ideales subjetivos, en el pleno relativismo

(67) loc cit.

filosófico. "Tan sólo valores relativos son accesibles a la razón humana y este significa que el juicio que declara que algo es justo no puede hacerse con la pretensión de excluir la posibilidad, de un juicio contrario de valor. La justicia absoluta es un ideal irracional, o, lo que es lo mismo, una ilusión". (68)

Kelsen se desentendía de los fines y contenidos del Derecho; se despreocupa del origen de las normas jurídicas es decir, de su relación con la voluntad humana y sólo estudia su validez y su eficacia. "La validez, distinta de la eficacia, constituye la específica existencia de las normas. Las reglas de Derecho, si son válidas, son normas que estipulan sanciones. Las normas no son mandatos, es decir, expresiones de una voluntad del legislador no es un fenómeno psicológico. Kelsen analiza finalmente este problema y muestra que cuando el Derecho habla de la 'voluntad', emplea una metáfora. Las normas son expresiones de un deber ser. El deber ser jurídico, que no incluye nociones morales, no es más que el sentido específico por el cual la conducta humana está determinada por la norma... La validez de las normas quiere decir que son obligatorias y que los hombres deben conducirse como las normas jurídicas prescriben. La eficacia no es una cualidad del Derecho mismo, sino una cualidad de la conducta humana real".(69)

Según la Filosofía de Kelsen el Derecho es, simplemente, un conjunto de normas válidas y eficaces gracias a la coacción estatal. Esta noción sólo es aplicable al Derecho si produce normas

(68) *Ibidem.* p. 416.

(69) *Ibidem.* p. 418.

válidas y eficaces. Nada importa, para Kelsen, que esas normas sean injustas ni que sea un tirano el que las promulga. Tampoco interesan los fines y contenidos de esas normas, con tal que las veamos funcionar con validez y eficacia. Tenemos -es verdad- un Derecho, pero un Derecho deshumanizado.

3. UNA ESTRUCTURA HIPOTETICA Y NO ETICA DE LA NORMA

No deja de ser extraño que Kelsen enuncie su norma básica en la forma gramatical del imperativo categórico, a pesar de que en todo momento insiste en que el fundamento último de validez del derecho, positivo es hipotético. Me parece que una formulación hipotética pondría demasiado al descubierto el error metodológico que consiste en hacer depender la validez de un ordenamiento de la eficacia normal del mismo. Recuérdese que, para Kelsen, la eficacia de un orden jurídico es *conditio sine qua non* de su validez. La tesis de que hablamos aparece claramente resumida en los siguientes párrafos del ensayo los juicios de valor en la ciencia del derecho: "Un análisis del pensamiento jurídico muestra que los juristas consideran válida la constitución cuando un ordenamiento basado en la misma es eficaz. Este es el principio de efectividad. Que un ordenamiento jurídico sea eficaz significa que los órganos y los súbditos del mismo se compartan las más de las veces, conforme a las normas que lo constituyen. Considerando como un todo, un ordenamiento jurídico puede ser eficaz aun cuando una que otra norma que, según su propio sentido, debiera ser aplicada u obedecida no lo sea en algunos casos. El princi-

pio de efectividad se refiere al ordenamiento jurídico considerado como un todo y no a las normas jurídicas aisladas. Este principio es presupuesto por los juristas cuando interpretan el acto por el cual la primera constitución se establece como acto de creación normativa y la constitución como norma jurídica. Como consecuencia de este principio, una constitución se origina en una autoridad legítima a condición de que el ordenamiento jurídico creado sobre la base de la constitución, sea eficaz como un todo". (70)

Si se afirma que la eficacia de un sistema es condicionante de su validez, la norma fundamental hipotética no podrá expresarse correctamente en el molde verbal que corresponde al imperativo categórico. En vez de declarar que debe hacerse lo prescrito por el individuo o individuos que establecieron la primera constitución, habría que decir lo siguiente: si la experiencia revela que el orden instituido por el primer constituyente es eficaz, q se orden debe considerarse como jurídico. Pero como la comprobación de la eficacia de un ordenamiento no puede hacerse a priori, queda demostrado que el empleo de la teoría de la norma básica es posible a posteriori. Resulta entonces que para aplicar ese principio que Kelsen presenta como categoría apriorística de la ciencia del derecho, primeramente es necesario comprobar si el orden que se pretende que sólo es jurídico el orden eficaz. El que carezca de eficacia no merecerá el nombre del derecho. De es modo Kelsen hace depender de un dato empírico la validez de

(70) GARCIA Maynez Eduardo, op cit. p. 160.

los ordenamientos positivos.

Si los valores jurídicos se niegan o, lo que es igual, si se degradan hasta el punto de hacer de ellos una simple proyección de determinados intereses, no es fácil entender por qué se insiste en concebir el derecho, positivo como conjunto de normas. Por definición, toda norma es la expresión de un deber ser, cuando lo que se postula como debido es valioso. La noción de valor es el concepto fundamental de la teoría de la conducta, ya que sirve de base al concepto del deber. Una teoría que niega la objetividad de los valores no puede, sin contradecirse, atribuir carácter normativo a un sistema de reglas de conducta y, si lo hace, no le queda otro remedio que privar al concepto de norma de su sentido originario, para hacer de los juicios normativos una simple relación imputativa, en que la atribución de la consecuencia al hecho condicionante no significa que tal consecuencia represente la justa solución del caso, pues de antemano se ha dicho que el deber ser que la regla expresa es sólo una forma de enlace, aplicable a cualquier contenido. La única actitud congruente con la tesis de Kelsen, consistiría en sostener que dentro de toda ordenación eficaz de la conducta, las reglas que integran dicha ordenación son consideradas (por el poder que garantiza la eficacia del sistema) como expresión de deberes, y ello no porque sean siempre normas (en el sentido filosófico del término), sino porque hay que sostener que lo son, incluso cuando lejos de ordenar lo que objetivamente debe ser, consagran una inquietud o un destino. De lo contrario, el orden positivo no podría considerarse como conjunto de normas y, por tanto, resultaría imposible justificar su

pretensión de validez. Para justificarla, o dar la impresión de que así se hace, es necesario sustituir el criterio material por otro puramente formal, y referir la existencia de cada uno de los preceptos del sistema a la norma fundamental en que aquéllos encuentran su razón de validez. Pero como relativamente a la primera constitución histórica el problema vuelve a presentarse, es indispensable -ya que no se acepta la objetividad de lo valioso- su poner simplemente que esa primera constitución es válida, con lo que implícitamente se admite que toda la construcción anterior cae sobre una base. Claro es que se podría prescindir de la teoría de la norma fundamental hipotética, y sostener sin ambages que el principio de efectividad es el fundamento del derecho. Pero esto tampoco puede hacerse, cuando se parte del dualismo del ser y del deber. La afirmación de que aquél es un conjunto de normas acaba por conducir, a quien sostiene tal cosa, a la paralela afirmación de un principio superior, de una base o fundamento último de validez o los que ya no puede atribuirse carácter positivo. Esto es lo que le ha ocurrido a Kelsen, y lo que necesariamente tenía que sucederle, dado el punto de partida de sus investigaciones. Dependiendo de manera congruente el monismo jurídico positivista, cuando se empieza por establecer una separación rigurosa entre el orden del ser y el reino del deber, es tan imposible como lograr que las paralelas se toquen en un punto o acaben por fundirse en una sola línea.

Por eso Kelsen ha tenido que buscar el fundamento no positivo de la validez del derecho y admitir un "mínimo" de metafísica.

4. LA CONTRADICCIÓN RESPECTO A LA JUSTICIA

En el siglo V antes de Cristo, Trasímaco prohibió una doctrina semejante al definir la justicia como "lo que conviene al más fuerte". Jactábase el sofista de que su definición era aplicable a todas las formas de gobierno. Los detentadores del poder legítimamente siempre en su provecho. El gobernante en todo caso busca su propia conveniencia, pero tiene buen cuidado de presentar sus personales intereses como exigencias justas. Dentro de un régimen monárquico la ley exigirá lo que favorezca al monarca; en una aristocracia se buscará la utilidad de la minoría que manda y, en el gobierno democrático, la actividad del legislador tendrá como mira proteger los intereses del mayor número. Lo estatuido en la ley se presenta en todo caso como algo objetivamente válido, aun cuando en realidad no sea sino el disfraz de los intereses de un individuo o de una clase. La justicia resulta entonces una bella máscara, tras de la cual se oculta el gesto de avaricia, la condiciosa mirada del fuerte.

Kelsen coincide con el retórico griego cuando asevera que la doctrina del *ius naturale* y, más concretamente, la idea de justicia, no son sino ideologías cuyo verdadero fin consiste en justificar determinada forma política.

Para el creador de la Teoría Jurídica Pura los únicos juicios acerca de lo justo a los que puede atribuirse significación objetiva, son los de "legalidad": "justo" es que una norma sea aplicada en todos aquellos casos en que, de acuerdo con su contenido, debe aplicarse; "injusto", que sea aplicada en un caso y de-

je de aplicarse en otro semejante.

"La justicia legal consiste en la concordancia de un acto con la norma que lo rige. El acto es injusto si contradice el contenido del precepto. Expresado en otros términos: una persona actúa jurídicamente si se comporta como debe comportarse según el ordenamiento jurídico; y se comporta antijurídicamente si no actúa como debe hacerlo. El juicio jurídico de valor de que una conducta es jurídica o antijurídica, es la aseveración de una relación positiva o negativa entre una conducta y una norma, cuya existencia presupone la persona que hace el juicio. Semejante juicio implica, pues, la existencia de una norma, de un deber ser. Su significado como juicio de valor reposa, en consecuencia, sobre el significado de la aseveración de que la norma existe".(71)

Aun cuando Kelsen reconoce la existencia de los juicios de justicia, categóricamente declara que no pueden ser objetivas. Al hacer tal afirmación, que implica la de que están condicionados por ideologías aventura una tesis que no se ajusta al principio de la pureza del método y que, a fin de cuentas, niega la objetividad de los valores, la justificación teórica de uno de los grandes problemas filosófico-jurídicos, el de índole estimativa.

Por razones análogas es criticable la tesis de que el deber ser, en la órbita del derecho, es sólo una forma de enlace de una consecuencia con el hecho que la condiciona o, en otros términos, simple relación imputativa en que la referencia al antecedente no significa que la conducta ordenada constituya la justa solución

(71) KELSEN Hans, op cit. p. 14.

del caso, empleando el término justo en su sentido axiológico, está siempre implícita una pretensión de justicia, es decir, la de que lo exigido por la norma debe ser en cuanto vale. Negar que en el contenido de los deberes impuestos por las del derecho exista esa referencia a los valores que los fundamentan, es traspasar la linde de la consideración forma de tales preceptos, y desconocer un dato inequívoco de la experiencia jurídica.

"La teoría Jurídica Pura aspira a exponer el derecho tal como es, sin legitimarlo por su justicia ni descalificarlo por su injusticia; preguntase por el derecho real y posible, no por el justo. En tal sentido, es una teoría radicalmente realista. Rechazada toda valoración, todo juicio en torno al derecho positivo como ciencia, no se siente obligada más que a conocer éste en su esencia, y a comprenderlo mediante un análisis de su estructura". (72).

Una de las consecuencias de tal actitud, en la obra Kelseniana, es la negación categórica de que exista, al lado o por encima del positivismo, un derecho natural.

Debido a esto, Kelsen en un principio rechaza la existencia de la justicia, ya que establece que es sólo una ideología, algo utópico, que no se puede palpar que esta fuera de la realidad y que es imposible; repartir dicha justicia, a cada individuo ya que cada uno tiene su propio ideal, por lo tanto no admite dicho valor.

(72) *Ibidem.* p. 19.

Sin embargo, hace un estudio acerca de la justicia elaborado de un libro cuyo título lleva como interrogatorio precisamente la pregunta ¿que es la justicia?, en el cual al finalizar dicho estudio llega a la conclusión y reconocimiento de la existencia de la justicia, al establecer que es indefinible, es decir que existe la justicia pero no se puede definir, por lo que en ese momento a cepto la existencia de uno de los valores más importantes del Derecho y al mismo tiempo la existencia y válides del derecho natural.

5. LA EXISTENCIA DE ELEMENTOS METAJURÍDICOS EN LA DOCTRINA KELSENIANA

"El objeto de estudio, de una Teoría General del Derecho consiste en las normas jurídicas, sus elementos, su interpretación, el orden jurídico como totalidad, su estructura, la relación entre los diferentes ordenamientos jurídicos y, por último, la unidad del derecho en la pluralidad de los ordenamientos jurídicos positivos". "Como el objeto de esta Teoría General del Derecho es permitir al jurista que se ocupa de un orden jurídico particular entender y describir en la forma más exacta posible su propio derecho positivo, tal teoría que deriva sus conceptos exclusivamente del contenido de las normas jurídicas positivas". (73)

(73) CORREAS Oscar, La ciencia jurídica, Universidad Autónoma de Sinaloa Culiacán Sinaloa, 1ª. ed. ISBN. México 1980. p. 25.

Sin embargo, el sujeto de la justicia es el hombre, no el hombre abstracto, sino el hombre social determinado por los grupos donde él mismo se organiza y se completa. Es éste quien se estima en el conocimiento ajeno, mediante el cual existe la personalidad, la responsabilidad y la libertad, es autor, podemos decir, de sí y de los otros, de su vida y de las instituciones vitales. Es obra de la historia, que es espíritu y, al mismo tiempo, ejecutor de la historia, encarna la justicia que lo forja al establecer las relaciones a que da lugar. La justicia se la plautea, porque si capta su valor absoluto, su dignidad de fin, consagrando su derecho, que es derecho de todos a ser tratados con igual dignidad; al ser personas libres y responsables no lo hace teóricamente, sino que es una comprobación histórica, mediante la cual los caminos progresivos de la historia son la reivindicación y consagración de aquellos valores.

Tal reivindicación y consagración son reales en el mundo de las relaciones, en las entidades complejas que la historia conoce y siendo como productos humanos, no trascendiendo los límites del espíritu. El reconocimiento de la humanidad de tales instituciones, la armonización de la persona en general, de suerte que se reintegrara en aquellas instituciones que se interiorizan y se recomponen en la personalidad que las sostiene, es la tarea histórica de la justicia practicada de modo diverso, pero siempre viva y eficaz. Son nuevos reconocimientos del hombre en el plano moral, nuevas instituciones humanas y misiones de reintegración de los términos que renuevan las tareas de la justicia.

Estas son sus exigencias, que los iusnaturalistas han especificado con proposiciones racionales encontrándolas, a su juicio, en los comienzos de los tiempos, eficaces en la historia que las establece en función de los problemas concretos del tiempo, sin que las formas contingentes que adoptan disminuyan el valor absoluto del motivo ideal que la inspira, ni las soluciones a que da lugar agoten a la justicia como criterio inexhausto de la vida. No niego, las formulaciones iusnaturalistas, sino que las considero reflejadas históricamente al no haber agotado los impulsos de la justicia, todavía alimentarán nuevas tendencias para nuevos reconocimientos y determinaciones. Esto lo captó perfectamente Vico cuando habló de las semillas eternas de la justicia depositadas en el género humano que se van desarrollando desde la infancia del mundo, bajo la forma de preceptos explícitos de justicia a medida que la mente humana va perfeccionándose conforma con su verdadera naturaleza.

Hay por lo tanto, un progreso de la mente humana mejor dicho del espíritu, y correlativamente el adelantamiento de la justicia esta consume sus producciones históricas, las trasciende en otras más altas e incluso a través de los errores y deficiencias que acompañan a la obra humana alcanza la meta, aquella misma que la conciencia nos advierte como digna, que es el abandono cada vez mayor de los límites contingentes y empíricos que envuelven a la personalidad y luego la extensión de sus relaciones hasta comprender el mundo ordenado de acuerdo con las exigencias de la justicia.

La justicia, por lo tanto, que se manifiesta en las concretas posiciones del derecho, en cuanto está implicada en el concepto, aparece también en la historia. Ello, no quiere decir que comience a ser, que se haga justicia en el momento en que se reconoce y actúa, como si el hecho postulase su valor y la produjese como valor. No es así, ya que esto es una realización necesaria, pero constitutiva. Si la justicia es un valor, lo es en la conciencia, que la establece igual que la manifiesta en el hecho. Su significado es trascendental y absoluto, fenoménico, histórico. La consideración de su posición, su devenir histórico no debe hacernos olvidar que se presenta en la constitución de nuestro querer, de nuestro espíritu, que la fija en la intimidad de su conciencia para valorar sus mismos efectos.

Ningún mal pasajero es capaz de ofuscarla, ningún tirano puede convencernos para confundirla con la fuerza, ni artificio retórico logrará identificarla con el hecho, porque ésta, aunque también se manifiesta y comprueba en la historia, en la conciencia profunda, en la estructura constitutiva del hombre ético, siendo, por lo tanto, necesaria, absoluta.

Si bien es cierto, por una parte, la sociedad constituye una estructura que se levanta sobre las interrelaciones sociales que entablan en su seno, sujetos socialmente desiguales, también lo es que los miembros que integran el grupo social biológicamente son iguales. De este modo, dentro de la sociedad ó se deben conciliar igualdades y desigualdades, de la mejor manera para la sociedad en su conjunto.

El bien común que como patrimonio de la humanidad hemos heredado de la civilización, debe ser repartido y asimilado por los miembros de la sociedad. Algunos de los elementos que lo integran son de fácil asignación y en términos generales no provocan mayor conflicto entre los sujetos; sin embargo, existen otros que debido a su escasez o importancia, presentan problemas para su defensa y reparto, por lo que requieren de un criterio que permita distribuirlos o defenderlos en tal forma que concilien o alcancen un equilibrio entre las igualdades y desigualdades humanas, dicho criterio lo constituye la justicia, misma que para adquirir estabilidad requiere su traducción a normas jurídicas precisas y seguras, por lo que en último término la justicia aspira a encontrarse respaldada por la seguridad jurídica.

B) LA INFLUENCIA DE LA CORRIENTE CIENTÍFICA Y SUS CONSECUENCIAS EN LAS LIMITACIONES KELSENIANAS.

1. LA AUSENCIA DEL FACTOR SOCIAL EN EL ENTE JURÍDICO

El hombre además de su naturaleza o carácter racional es un ser social que más allá del aspecto gregario busca la realización individual, como persona y social o común a nivel humanidad. No solamente sobrevive sino que convive con sus semejantes y busca la superación de él mismo y de los demás. Este carácter social lo lleva a una serie de acciones e interacciones entre las personas y las sociedades humanas.

Su carácter social hace que no exista el Derecho en un hombre aislado sino solamente en la comunidad, por lo que el Derecho debe tomar a la justicia como un valor que armoniza o equilibra a la sociedad, por lo tanto debe existir un aspecto axiológico o de valores en el Derecho, (bien común y seguridad jurídica), lo cual sirve de modelo o guía al Derecho creado por el hombre.

Las valoraciones declaradas explícitamente, o contenidas tácitamente en una ley o reglamento, necesitan complementación con otras valoraciones. Esas valoraciones complementarias no contenidas en la ley o en el reglamento son de diversos tipos.

La valoración incluida explícita o tácitamente en un precepto positivo, debe hallar su complemento en los criterios axiológicos (justicia, bien común y seguridad jurídica) contenidos en las convicciones que de hecho predominan y actúan efectivamente en la colectividad en una determinada situación histórica.

Las convicciones predominantes en una sociedad son a veces como una especie de atmósfera que respiran las gentes, incluso los jueces y los funcionarios administrativos, aunque no siempre presten atención a ese respirar, se podría decir que son como una corriente de viento que ejerce una presión, independientemente de que se tenga conciencia más o menos clara de este hecho. Esas convicciones constituyen estimaciones positivas, esto es humanas, históricas, es decir, sólo la opinión de las gentes tienen de que determinadas conductas son buenas, mientras que sus opuestas son malas; son la opinión predominante sobre lo que se debe hacer en ciertas condiciones o circunstancias, y la opinión predominante sobre el sentido y el alcance de determinados fines.

No se trata de ninguna manera de elevar irresponsablemente a normas jurídicas lo que solamente una convicción social o una mera corriente poderosa de opinión pública. Ya que ningún juez conciente de los deberes de su profesión tomará como norma jurídica lo que sea tan sólo mera creencia predominante en la sociedad. No se trata de eso, se trata de que a veces la letra del precepto legal, o la forma consuetudinaria, o la regla declarada en un precedente jurisprudencial, no tiene sentido completo, ni suficiente a menos que se proceda a interpretar el alcance de las estimaciones explícita o implícitamente contenidas en esta norma completándolas con los criterios que nos suministran las convicciones colectivas predominantes que son los valores o fines del Derecho (justicia, bien común y seguridad jurídica).

Ya que la convivencia obliga al ser humano a regular la conducta individual y social, buscando el beneficio de todos, ésta

regulación se da como normatividad o adecuación de la conducta a un fin o beneficio general. Ya que existen normas morales, religiosas y jurídicas o de derecho, que son las que ordenan u organizan a la sociedad, las que buscan la paz y el progreso individual y colectivo es decir, común para la sociedad.

2. LA REDUCCIÓN DE ASPECTOS JUSFILOSÓFICOS A LA POSITIVIDAD CIENTÍFICA

La positividad científica se basa en el conocimiento científico radical, olvidándose de lo inmaterial. Sólo atiende el aspecto material, reconociendo únicamente lo que se verifica por medio de la observación y de la experimentación.

Por lo cual se refiere al Derecho material o concreto, sistematizado y codificado, que va a ser perfeccionable, temporal, cambiante, de acuerdo a la época, el lugar, a la cultura, a las necesidades sociales, etc. Manifestando que el Derecho es solamente un instrumento para ordenar a la sociedad sin contenidos ético ni axiológicos. Que tiene observancia u obediencia por parte del destinatario, el cual se somete a la norma por considerar que es adecuada a la necesidad social y no vulnera su esfera personal, aún siendo en ocasiones ineficaz, es decir, no es obedecido.

Sin embargo existe un Derecho válido, que es reconocido como tal a nivel subjetivo por el destinatario, ya que cumple con un contenido moral o ético de beneficio general y el hombre se somete para su bien personal y el de toda la comunidad. Este rasgo específico es el contenido de justicia, que le dá validez intrín

seca al Derecho que dirige la conducta de las personas físicas y morales a la realización del bien común o bienestar general, así como una seguridad jurídica, obligándose siempre por un deber de justicia que busca armonizar u equilibrar a la comunidad.

Ya que la persona como ser racional posee una voluntad libre para elegir su propia conducta, dentro de ella existen valores éticos o morales, que regulan esa conducta y que persiguen siempre la realización del bien. Esos valores constituyen el aspecto ético de la persona dividiéndose en la ética personal o individual, cuando el sujeto busca la superación propia y en ética social o común, cuando el sujeto como integrante social, busca la superación de toda la comunidad.

La ética social predomina sobre la ética personal ya que el bien común es más valioso que cualquier bien particular. Esta ética social es la que inculca en el sujeto un deber para someterse al Estado y realizar el bien general.

Si no existe la finalidad de bien general en el hombre, no existe éticamente en sentido de obediencia o sometimiento.

3. LA CONFUSIÓN E INCONCLUSIÓN DE LA DOCTRINA KELSENIANA

La doctrina enarbolada por Hans Kelsen, con su fundamento científico positivista del ámbito jurídico y su metodología de pureza de análisis, frente al ente del Derecho, es, pese a su estructura razonada y a su transparencia, mismas que ponen de relieve el genio Kelseniano, una Teoría confusa y no concluida.

Hans Kelsen vivió la época más elevada y a la par, la más oscura del devenir humano; ese punto en el cual, el ser humano alcanzó a rozar, con la punta de los dedos y por los frutos de su intelecto, la esfera de la divinidad, no obstante, sobrevino su descenso, desde la excelcitud hasta la sima profunda de la degradación humana: el holocausto; la destrucción del hombre por el hombre.

Como todos los seguidores del positivismo, en especial, de la escuela positivista jurídica, Kelsen enfrenta el auge del conocimiento humano, la sublimación de la sabiduría y el alcance del hombre; la realización del bien racional como superación integral de la humanidad misma. El ente humano llega a ser su propio dios; el hombre dislumbra un futuro de triunfo; un mundo de conocimiento ilimitado. La falibilidad, como rasgo intrínseco humano se esfuma ante la grandeza de la ciencia y el afán del saber. El Derecho, como parte del mundo del hombre, entra también al ámbito científico.

La normatividad, con su idea de orden, en su doble aspecto -como mandato y como organizador- es elemento constitutivo y constituyente de la sociedad estatal. (constitutiva porque es parte integrante del Estado; constituyente porque marca los lineamientos para su organización social, política y jurídica). Todo Derecho es, entonces, un elemento integrador social, parte de la naturaleza relacional humana.

Kelsen, al intentar, en un afán objetivista, de arrancar al ámbito normativo todo rasgo o aspecto metajurídico, le esta arram

cándo el alma misma, su carácter humano y su justificación existencial.

Más tarde los seguidores positivistas sufren la misma sacudida que estremece al mundo: el hombre, con su afán de saber, con su caudal de conocimientos y sus logros y avances en la ciencia y en la tecnología, no es sino una criatura, cruel y carente de escrúpulos. La segunda guerra mundial pone de manifiesto la inensibilidad y la fragilidad humanas. No es ya el Estado el ente supremo. No es ya, un sistema jurídico o conjunto de leyes, la verdad inobjetable. No es la utilidad el valor que tiene el Derecho para el hombre.

Hans Kelsen repasa sus ideas: el Derecho no tiene solamente un aspecto material, no es solamente un sistema legal. Es también un complejo de valores: sociales, éticos, culturales, axiológicos jurídicos. El gran tratadista no niega la existencia de esos elementos, simplemente habla de que, al analizar el Derecho positivo o legal, no deben ser considerados.

He aquí la confusión respecto a la Doctrina Kelseniana: no existe una Teoría General acerca de un Derecho específico y este es, el Derecho Positivo. La pureza del Derecho Positivo, la exclusión de elementos metajurídicos en el mundo legal.

No habla Kelsen del Derecho absoluto, del Derecho natural directriz y fundamento ético y axiológico jurídico de todo sistema legal. La magnificencia del genio Kelseniano, abarca no al, universo jurídico, sino una parte solamente, al aspecto legal o material del Derecho. El alcance de su Teoría no es absoluto ni ilimitada, es entonces, relativo y parcial.

La inconclusión de la misma Teoría se manifiesta en el giro total que realiza el tratadista de la negación inicial a los elementos abstractos y a los valores jurídicos, existe un posterior reconocimiento, como sucede con sus ideas sobre la existencia de la Justicia, a la que inicialmente niega toda existencia y a la que, con posterioridad, va a marcar como indefinible, pero exigente.

Al dar Kelsen una definición de la función de la Justicia: "La Justicia configura la felicidad social, es la felicidad que el orden social garantiza". (74)

Si Hans Kelsen hubiera tenido la oportunidad de disfrutar de más tiempo de vida, sin lugar a dudas que los análisis y rectificaciones hubieran engrandecido y pulido más y más su doctrina ¿habría adónde lo hubiera conducido su propia rectificación o enriquecimientos filosóficos y conceptuales?. Es imposible imaginarlo, pero algo es seguro: la Teoría Pura del Derecho obra suya, no sería la doctrina inconclusa, inacabada, que es actualmente.

(74) KELSEN, Hans. ¿Que es la Justicia?, Trad. Garzón Valdés, Ed. Universidad Nacional de Córdoba, Argentina, 1966, p.11.

C). LA REDUCCION DE LA PUREZA KELSENIANA AL ASPECTO METODOLOGICO**D. LA IMPOSIBILIDAD DE UNA APLICACIÓN INTEGRAL DE LA
TEORÍA PURA AL ENTE JURÍDICO**

El Derecho como ciencia se remite a la realidad jurídica en un aspecto legal científico; sin embargo, Kelsen no ha querido ver que la Ciencia del Derecho necesita de las aportaciones no sólo de las ciencias atadas sino prácticamente de todas las ciencias, que en esta forma se convierten en ciencias auxiliares del Derecho, como ya se ha estipulado en los apartados anteriores ya que sin el trabajo preciso del contable, el jurista es incapaz de señalar hasta donde se extienden los derechos de un propietario o a cuánto asciende el monto de una deuda; sin conocimientos sociológicos, económicos y políticos, el legislador no puede redactar una ley Fiscal justa y eficaz; sin el peritaje del Psicólogo, del trabajador social y hasta del médico, es imposible aquilatar la responsabilidad de un menor delincuente y decidirse sobre las medidas más convenientes para su regeneración.

Por lo tanto el jurista debe aceptar que su ciencia entre en contacto con otras ciencias, que sea provecho de las investigaciones realizadas en otros campos y que se vea obligado a tomar en cuenta datos aportados por la Moral, la Sociología, la Economía, la Política, la Historia etc. ya que en eso reside la grandeza de la ciencia jurídica, en ofrecer una síntesis humanista bajo el signo de la Justicia, Bien Común y Seguridad Jurídica sobre los diversos aspectos de la conducta humana.

Reconozcamos que el Derecho es esencialmente un sistema de normas y que el estudio de las mismas es tarea central de la Ciencia del Derecho. Pero de ningún modo se puede excluir del campo de la Ciencia del Derecho ni los contenidos de las normas ni sus fines. Tampoco puede el jurista dejar a un lado el estudio de las realidades que causan los conflictos a cuya solución están destinadas las normas jurídicas. Ni pueden ignorarse los ideales de Justicia que vienen a dar vida a las normas y a constituir su espíritu, mucho más importante que la forma lógica en que están redactadas. Lo verdaderamente común a todo Derecho, independientemente del tiempo y del lugar en que sea formulado, es la aspiración de ordenar justicia a las relaciones sociales.

Sin embargo cuando el Estado debe ser el protector y estimulador de las actividades constructivas de todos los súbditos, Kelsen nos hace ver en él únicamente su aspecto más negativo, el de sancionador de las conductas contrarias. En vez de animar al Estado con el espíritu de la Justicia, Bien Común y la Seguridad Jurídica, Kelsen lo identifica con el sistema normativo que, despreocupado de la Justicia de sus mandatos sólo procura la eficacia de los mismos. La visión del Estado que nos da Kelsen; es la del Estado absolutista, eficaz y sancionador, pero ya que la función esencial del Derecho no consiste en el ejercicio de actos coactivos, sino en el logro de fines cuya consecución dependa de la eficacia de sus normas, cuando estas tienen un deber de justicia.

Cabe por tanto, sostener que el orden jurídico eficaz vale y se justifica no sólo por su eficacia, sino en cuanto ésta condi-

ciona la realización, de una serie de fines valiosos, como la Ju
sticia, Seguridad Jurídica y Bien Común.

Un sistema jurídico no debe ser entonces un instrumento de orden y coactivo, sino el medio esgrimido para lograr tanto la realización del Bien Racional como la realización de las finalidades valiosas del Derecho.

Una "Teoría General", relativa y con alcances parciales -ya que como se vió en el punto anterior, sólo abarca un aspecto jurídico, el de la legalidad- no puede analizar entonces todo el universo jurídico.

Cuando Hans Kelsen habla entonces de la "Pureza del Derecho (Positivo)", habla en realidad de una metodología: el método puro jurídico positivo, es decir, una forma de estudiar al Derecho Positivo, extrayendo todo elemento que no sea característico de este aspecto jurídico. No se considera ningún elemento ético, axiológico jurídico ni social, que no se refiera exclusivamente al ámbito social que maneja el tratadista, o sea el de la sociedad Estatal como personificación o materialización de lo jurídico.

Es posible ver claramente, que la ambiciosa "Teoría General" en su delimitación de "Pureza", no tiene aplicación universal jurídica, no se aplica al objeto material de la Filosofía del Derecho, sino al objeto formal, siendo entonces un método, una forma de análisis del conocimiento del Derecho. De aquí que la Teoría Pura del Derecho Kelseniano, se reduce a una Teoría metodológica: como estudiar al Derecho Positivo.

2. LA TEORÍA PURA DE Kelsen: UNA LÓGICA FORMAL

Para Kelsen el estudio del Derecho, se debe hacer en forma pura; la norma es sólo deber, sólo se puede estudiar de una manera formal y abstracta; de ahí que nos lleva al análisis de la norma, entendiéndose por norma un juicio lógico de carácter hipotético; sus deberes son condicionados a la realización de un supuesto.

Por lo que la finalidad de la Teoría Pura del Derecho es constituir una ciencia que tenga por único objeto al Derecho e ignore todo lo que no responda estrictamente a su definición, es decir, que el principio fundamental de su método, es, eliminar de la Ciencia del Derecho todos los elementos que le son extraños, huir de todo contacto con la Psicología, la Biología, con la Moral, la Teología, con la Historia, la Sociología, etc.

Según Kelsen por Derecho hay que entender exclusivamente el Derecho Positivo. Ya que la Teoría Pura procura determinar qué es y cómo se forma el Derecho, sin preguntarse cómo debería formarse, por lo que tan sólo es una Teoría del Derecho Positivo.

Cuando subraya la palabra Teoría, Kelsen se propone no estudiar tan sólo las normas jurídicas expresadas en leyes. Es una limitación del campo de estudio, por la que se excluyen los contenidos de las normas. La ciencia jurídica es concebida como una ciencia exclusivamente normativa, esencialmente diferente de las ciencias del ser. Lo propio del Derecho será el "deber ser jurídico", expresado en la norma jurídica. Esta va a ser tomada en su forma más pura e incontaminada, que es la "forma lógica", el pensador lógico jurídico; quedara aislada de su fin y de su conte

niño, pues uno y otro, según Kelsen, caen en el campo de la Moral de la Sociología, de la Psicología y demás ciencias metajurídicas. Por lo anterior, Kelsen reduce el Derecho a una lógica formal jurídica, centrada toda ella en el estudio de la norma jurídica, ya que el Derecho es un sistema de valores de lógica-formal de las que se originan las demás leyes.

La lógica formal, como rama de la ciencia lógica va a analizar racionalmente al universo. Cada objeto de estudio va a ser observado y analizado por medio de una serie de razonamientos; cuestionado y relacionando todos sus elementos, pero desde un punto de vista autónomo: no buscando los elementos que pueden originar un ente, a la explicación a su existencia, o la negación de la misma, la valoración axiológica de dicho ente, etc. Es decir, es una lógica descriptiva que va, simplemente a analizar los aspectos abstractos o formales del ente en estudio, sin considerar otras cuestiones que serían labor de investigación de ciencias diversas.

Kelsen no busca ahondar en los aspectos sociales del Derecho en referencia con la naturaleza relacional humana; no se inclina a análisis éticos para justificar la existencia intrínseca de la normatividad; no acude a los principios rectores valorativos en el campo jurídico, para dar el lustre de la finalidad valiosa al Derecho.

La pureza de su Teoría, es pureza metodológica o metódica, es decir, es una labor de razonamiento formal y es entonces, una lógica formal.

Hans Kelsen, en su obra, extrae todo elemento que rompe la pureza de su método formal de estudio; el estudio del Derecho se remite exclusivamente al aspecto positivo jurídico: el estudio de la jurisprudencia o materialización máxima del aspecto legal del Derecho.

Kelsen sigue así los lineamientos de la dogmática jurídica; la jurisprudencia es el sistema legal perfecto, materializado, organizado sistemáticamente y por tanto, es el aspecto científico material de lo jurídico.

No importa, entonces, para Hans Kelsen, cuáles sean los elementos que originan este Derecho; cuales implicaciones metafísicas se hallen inmersas en ese sistema jurídico material y científico que con forma para él, el verdadero objeto de estudio, la realidad científica de lo jurídico. Su lógica no es explicativa; simplemente toma lo que es valioso para él: el sistema jurisprudencial, la realidad suprema jurídica, la máxima de la positividad y desarrolla una Teoría para analizarla; una Teoría General, que como ya se había manifestado, se reduce a un aspecto lógico de forma o formal: la pureza del método para analizar al Derecho, llamada pureza metodológica o metódica del Derecho.

Que la magnífica doctrina Kelseniana se halla inconclusa; también es evidente, ya que su autor pudo desarrollar hasta ámbitos inimaginados su Teoría: pudo, como se manifestó antes, depurarla y enriquecerla mayormente, pero, si bien es cierto que la Teoría General del Derecho, con su pureza metódica se reduce a una simple lógica formal jurídica, por la magnitud de la obra y del jurisfilósofo que la forjara, no es menos importante ni en el campo jurídico ni en el ámbito de la Filosofía del Derecho.

CONCLUSIONES

PRIMERA. La finalidad de Hans Kelsen ha sido desde el primer momento elevar la teoría del derecho, que aparecía expuesta esencialmente en trabajos más o menos encubiertos de política jurídica, al rango de una verdadera ciencia. Se trataba de profundizar las investigaciones emprendidas para determinar la naturaleza del derecho, abstracción hecha de sus diversos aspectos, y de orientarlas en toda la medida posible hacia la objetividad y la precisión, ideal de toda ciencia, sin embargo no toma en consideración los fines del derecho Justicia, Bien Común y Seguridad Jurídica.

SEGUNDA. En contraposición al Jusnaturalismo, Kelsen encuentra el carácter positivo de la ciencia jurídica en su limitación necesaria respecto de un material dado. Su teoría significa más bien la conversión del neokantismo en un nominalismo radical, un nominalismo jurídico llevado hasta su culminación, que niega toda sustancia ético-espiritual; del Derecho y del Estado, y que con su destemplado formalismo destruye los lazos más profundos que unen al individuo con valores suprapersonales y disuelve la comunidad.

TERCERA. Kelsen pretende elaborar una Teoría del Derecho Positivo, determinando su esencia y contenido mediante la pureza del método; es decir, empleando un método estrictamente nomológico, que elimine toda observación Psicológica y Sociológica, y to

da consideración teleológica característica y peculiar de la Etica y de la Política. Si el Derecho es un objeto independiente y, por tanto, la disciplina jurídica es una ciencia autónoma, urge entonces apartarla de toda mezcla con otras ciencias.

CUARTA. La Teoría de Kelsen, rechaza toda valoración, todo juicio en torno al Derecho Positivo. Como ciencia, no se siente obligada mas que a conocer éste en su esencia, y a comprenderlo mediante un análisis de su estructura, de tal actitud, en la obra una de sus consecuencias es la negación categórica de que exista al lado o por encima del positivismo un Derecho Natural.

QUINTA. Esta negación de la existencia del Derecho Natural que en un principio, en forma radical, manifiesta Kelsen, posteriormente la transforma en reconocimiento, al evidenciar que existen una serie de elementos o abstracciones -como la justicia - que hayan inmersos en el Derecho, pero que, conforme con los postulados científicos no son, definibles ni específicos, no pudiendo ser parte de la realidad concreta jurídica.

SEXTA. Cabe recordar, que la Jusfilosofía tiene como objeto de estudio al universo del Derecho, pero que dicho objeto se divide en objeto material, que es el ente jurídico y el objeto formal o forma de estudio para analizar al ente de derecho. En este caso la Teoría Kelseniana, aún con sus implicaciones ontológicas y valorativas se aboca a este segundo aspecto, es decir analiza no el objeto material sino el formal de la Filosofía Jurídica.

SEPTIMA. La comprobación de la manifestación anterior, se encuentra en el campo metódico o metodológico jurídico: es la lógica y específicamente la lógica jurídica la que va a analizar al Derecho como objeto formal; es decir en este campo, la Teoría Pura es una lógica pero no explicativa sino simplemente descriptiva es decir es una lógica formal o metodológico para estudiar al ente jurídico.

OCTAVA. Kelsen mismo comprueba la limitación del alcance de la pureza metódica, al manifestar que su Teoría Pura abarca no al universo del Derecho en su totalidad, sino exclusivamente al campo del Derecho Positivo; por lo anterior es evidente que no analiza todos los aspectos restantes de lo jurídico.

NOVENA. Al hacer referencia a la confusión e inconclusión que son rasgos de esta doctrina Kelseniana, cabe aclarar, respecto al primer punto, que existe la idea equivoca de que Kelsen intento aplicar la Pureza metódica al objeto material de la Filosofía Jurídica. Con referencia a la inconclusión, es obvio que Hans Kelsen rectifico su labor con el transcurso del tiempo, y que su Teoría a quedado incompleta o inacabada, pero que si hubiera concluido su trabajo tendríamos unas ideas depuradas y quizas distintas, sin dar lugar a las dudas, equívocos y radicalismos actuales.

DECIMA. Una obra tan enorme, no puede ser criticada en forma superficial, ni el hecho de que la pureza metodológica tenga limitantes, la devalora, tanto la Teoría como su autor, Hans Kelsen tiene un lugar trascendental dentro del campo Jusfilosófico.

B I B L I O G R A F I A

- ALADAR, METALL RUDOLF. Hans Kelsen vida y obra. Traducción Javier Esquivel, Inst. Investigaciones Jurídicas, UNAM, México 1976.
- AMANDI, VICTOR MANUEL. Filosofía del Derecho, Editorial HARLA, S.A de C.V. México 1991.
- ASTUDILLO, ARSUA PEDRO. Lecciones de Historia del Pensamiento Económico, Quinta Edición, Editorial Porrúa, S.A. de C.V. México 1985.
- BADENZES, GASSET RAMON. Metodología del Derecho, Bosch, Casa, Editorial - Urgel, Sibus Barcelona.
- BARRY, STROUD. Hume, Traducción de Antinio Ziri6n, Universidad Nacional Aut6noma de México 1986.
- BODENHEIMER, EDGAR. Teoría del Derecho, Undécima Reimpresión, Fondo de Cultura Económica, México 1989.
- BUNGE, MARIO. La Ciencia su Método y su Filosofía, Ediciones Siglo Veinte Buenos Aires.
- BRUGGER, WALTER S. I. Diccionario de Filosofía, Traducción por Jose María Vélez Cantarell, Barcelona Editorial Heder. 1969.
- CATHREIN, VICTOR. Filosofía del Derecho, el Derecho Natural y el Positivo, Séptima Edición, Instituto Editorial Reus Centro de Enseñanza y Publicaciones S.A. Madrid 1958.
- CORREAS, OSCAR. La Ciencia Jurídica, Primera Edición, ISBN, Universidad Aut6noma de Sinaloa, México 1980.
- CORREAS, OSCAR. El otro Kelsen, Universidad Nacional Aut6noma de México 1989.

- FERRARE, MORA JOSE. Diccionario de Filosofía Abreviada, Editorial Hermes/Sudamericana. S.A. 1987.
- GARCIA, MAYNEZ EDUARDO. Algunos Aspectos de la Doctrina Kelseniana, Primera Edición, Editorial Porrúa, S.A. de C.V. México 1978.
- GARCIA, MAYNEZ EDUARDO. Ensayos Filosóficos-Jurídicos 1934-1979, Segunda Edición, Corregida y Aumentada, Universidad Nacional Autónoma de México, 1984.
- GARCIA, MAYNEZ EDUARDO, Filosofía del Derecho, Quinta Edición Editorial Porrúa, S.A. de C.V., México 1986.
- GARCIA, MAYNEZ EDUARDO, Introducción al Estudio del Derecho, Cuadragésima Edición, Editorial Porrúa, S.A. de C.V., México 1989.
- GUTIERREZ, SAENZ RAUL. Introducción a la Lógica, Vigésima Quinta Edición. Editorial Enfinge, S.A. de C.V., México 1990.
- KANT, MANUEL. Crítica de la Razón Pura, Séptima Edición, Editorial Porrúa, S.A. de C.V. México 1987.
- KARATAEV, RYNDINA, STEPANOV Y OTROS, Historia de las Doctrinas Económicas, Traducción directa del Ruso por Jose Lain, Primera Edición Editorial Grijalba, S.A. México. 1964.
- KELSEN, HANS. Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho. Traducción de Eugenio Bulygin. Distribuciones Fontara, México 1991.
- KELSEN, HANS. Introducción a la Teoría Pura del Derecho, Traducción Emilio O. Habaza. Editorial Nacional, México 1974.
- KELSEN, HANS. ¿Que es la Justicia?, Traducción de Garzón Valdéz, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Argentina 1977.
- KELSEN, HANS. Que es la Teoría Pura del Derecho, Traducción de Ernesto Garzón Valdéz. Distribuciones Fontara, México 1991.

KELSEN, HANS. Teoría General del Derecho y el Estado, Traducción de García Maynez, Segunda Edición, Editorial UNAM, México 1958.

KELSEN, HANS. Teoría Pura del Derecho, Traducción Nieve, Editorial Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, Argentina 1966.

LE FUR, DELOS; RADBRUCH, CARLYCE. Los Fines del Derecho, Bien Común, Justicia y Seguridad, Traducción de Daniel Kuri Breña, Primera Reimpresión, Manuales Universitarios, UNAM México 1981.

NARANJO, VILLEGAS ABEL, Filosofía del Derecho, Quinta Edición, Editorial Temis, S.A. Santa Fe de Bogotá 1992.

PARISI, ALBERTO. Raíces Clásicas de la Filosofía Contemporánea: - Marxismo, Fenomenología y Filosofía Analítica, Primera Edición, Universidad Autónoma del Estado de México 1977.

PORRÚA PEREZ FRANCISCO, Teoría del Estado, Décimaquinta Edición, Editorial Porrúa, S.A. de C.V., México 1981.

PRECIADO, HERNÁNDEZ RAFAEL, Lecciones de Filosofía del Derecho, Segunda Edición, UNAM México 1984.

RANGEL, COUTO HUGO. Guía para el Estudio de la Historia del Pensamiento Económico, Tercera Edición, Editorial Porrúa S.A. de C.V. 1981.

RECASENS, SICHES LUIS. Sociología, Decimoctava Edición Reimpresión de la Tercera Edición, Editorial Porrúa, S.A. de C.V. México 1980.

RECASENS, SICHES LUIS. Tratado General de Filosofía del Derecho, Séptima Edición, Editorial Porrúa, S.A. de C.V. México 1981.

ROJAS, AMANDI VISTOR MANUEL, Filosofía del Derecho, Colección Textos Jurídicos Universitarios HARLA, México 1991.

SUAREZ, GIL ENRIQUE. La teoría Integral del Derecho, Editorial Cajica, S.A. Puebla, Pue., México 1988.

TERAN, JUAN MANUEL, Filosofía del Derecho, Decimo Segunda Edición Editorial Porrúa, S.A. de C.V., México 1993.

TREJO, WONFILIO. Fenomenalismo y Realismo, Primera Edición, Universidad Nacional Autónoma de México 1987.

ULISES, SCHMILL-ROBERTO J. VERNENCO. Pureza Metódica y Racionalidad de la Teoría del Derecho, (Tres ensayos sobre Kelsen), Primera Edición, Universidad Nacional Autónoma de México 1984.

VERA MARGARITA. Que es Filosofía, Primera Edición, Facultad de Filosofía y Letras, UNAM. México 1977.

VILLORO, TORANZO MIGUEL. Lecciones de Filosofía del Derecho, Segunda Edición, Editorial Porrúa, S.A. de C.V. México 1984.

Y SALMERÁN, TAMAYO ROLANDO. El Derecho y la Ciencia del Derecho, Primera Edición, Universidad Nacional Autónoma de México 1984.