

Es sumamente importante el tema que se ha tocado, ya que muchos de los sistemas jurídicos que existen, se basan en la norma hipotética fundamental de Kelsen. Me gusto la respuesta que a continuación citare: "EL TEMA QUE SE VIENE TRATANDO ES INTERESANTISMO, pero es necesario tener en cuenta la conclusión a la que llegó el propio Kelsen al final de su vida, lo cual ilustra claramente lo que significa realmente la Norma Fundamental y por lo demás constituye una confesión del fracaso de su proyecto de SISTEMA PURO. Dice KELSEN : "En mi doctrina la norma básica fue siempre concebida como una norma que no era el contenido significativo de un acto de volición, sino que estaba PRESUPUESTA por nuestro pensamiento. DEBO AHORA CONFESAR QUE NO PUEDO SEGUIR MANTENIENDO ESA DOCTRINA, que tengo que abandonarla. Pueden creerme que no ha sido fácil renunciar a una doctrina que he defendido durante décadas. La he abandonado al comprobar que una norma (Sollen) debe ser el correlato de una voluntad (Wollen). Mi norma básica es una NORMA FICTICIA. En la norma básica se concibe un acto de voluntad ficticio que realmente no existe.". La norma Fundamental no es defendible(no es ni contrato, ni derecho natural, ni norma en el sentido lógico.. nada), es simplemente un invento de Kelsen. Albert Calsamiglia, uno de los estudiosos de Kelsen, quien murió no hace mucho tiempo, escribió que Kelsen terminó sus días "dudando y criticando su obra, con la angustia del proyecto fracasado".

Por cierto, dicha cita se encuentra en el libro de Gregorio Peces-Barba llamado "Introducción a la filosofía del Derecho", mismo que es muy interesante. Ahora el planteamiento que debemos hacernos como abogados e interesados en el tema de la filosofía de éste en particular creo que debería ser: ¿Qué es derecho?. Según mi postura, ya no puede ser considerado como el conjunto de normas jurídicas que establecen el comportamiento del individuo en sociedad y la ley no puede tener en su contenido el "supuesto jurídico", ya que lo que se supone no existe y la norma jurídica, cualquiera que sea existe. Cabe recordar que para que se de la norma, primero se da la acción socialmente reprochada, misma que se convierte en norma.

Un saludo desde México, D.F., que la paz y la armonía reine en sus hogares y Dios los colme de felicidad en estas fiestas decembrinas.

Rodrigo Chávez.

Titaspaspa [titaspaspa@yahoo.com]

De: Aida Noblia [mailto:anoblia@adinet.com.uy]

Estimado Pablo muchas gracias, tu exposición es muy clara, profundiza en el tema y la verdad es que concluyo que debería leer directamente a Kelsen, por eso aclaré mi estado de ignorancia; mi intención no es exactamente justificar a Kelsen sino entender el propio sistema jurídico real a través de elementos que pueden ser dados por distintos autores.

Es cierto que entendía y entiendo que la NHF es un supuesto del que se parte para dar la explicación y en ese sentido no es ni se pretende demostrarla, la hipótesis en realidad es el sistema jerárquico, que sí puede ser demostrado, menos la NHF, cuya validez se presupone y, como dices, es fundante pero no fundada. En ese sentido tenemos un sistema jerárquico demostrable, menos en lo que refiere a la NHF, que vendría a ser un supuesto y quedaría demostrada su existencia por la demostración del resto de la pirámide y por su necesidad para ésta.

Esa demostración de validez se refiere a un plano formal y no de contenido me parece, las

normas valen en ese sentido como un sistema jerárquico existente y real. Otra cosa es querer trasladar la validez de la estructura a la validez desde el punto de vista del contenido, por eso me referí a la función, porque ahí es donde debemos recurrir a otros elementos que no están contenidos en ese esqueleto formal jerárquico.

Esta estructura jerárquica formal, (perdón por la deformación profesional) es como una fórmula de compraventa en la que están todas las cláusulas que corresponden, hecha en la forma escritura pública, etc y podemos decir que su forma es perfecta, vale, pero cuando analizamos su contenido, encontramos que firmó un incapaz absoluto por ejemplo o que existió un vicio del consentimiento.

Eso es lo que entiendo de la pirámide de Kelsen y coincide con lo que expresas cuando dices que para Kelsen "cualquier contenido puede ser derecho", para su razonamiento esto es así: las leyes del Tercer Reich son derecho. Lo cual no quiere decir que entiendo lo mismo que Kelsen sino que en su explicación esto es necesariamente así.

Estoy de acuerdo en que el derecho, respecto de su contenido, es una decisión política y pienso que esto es comprobable.

En cuanto al problema de la relación entre la estructura y la función o la forma y el contenido del sistema jurídico, implicaría demostrar la correspondencia entre ese sistema jerárquico formal y determinado tipo de contenidos del derecho.

Si analizamos por ejemplo un determinado sistema jurídico concreto, podemos llegar a la conclusión, de que tiene validez formal, pero no de contenido. Para esto deberíamos saber cómo damos validez al contenido, más allá de la estructura.

Es un tema largo, pero tal vez valga la pena seguirlo.

Muchas gracias por tus reflexiones, son un estímulo para el pensamiento.

Saludos a todos

Aída

Sr Cano, lamento decirle que usted no ha entendido nada de lo que he escrito en mi intervención anterior, relacionada con la Norma Hipotética Fundamental kelseniana; tampoco ha comprendido lo que el propio profesor Kelsen sostiene. En relación con lo primero, debo decir que en ningún momento sostuve que en un pacto social no existe consentimiento. Lo que sostuve fue que e de la N.H.F no se puede predicar que es un contrato social, puesto que no cumple los requisitos de un contrato y aún suponiendo que los cumpla, la manifestación de voluntades se encuentra en dos planos absolutamente distintos, a saber: uno positivo (la dictación de la norma) y otro imposible de constatar (la presuposición de validez). Surge entonces la pregunta: ¿es posible que se produzca consentimiento entre una voluntad objetiva, verificable y otra subjetiva e imposible de constatar? La respuesta es no. Por otro lado, si -como dice usted-, su referencia a la validez de la N.H.F. , derivada de un pacto social que se presume válido, sólo pretende justificar el sistema de Kelsen, significa que este pacto puede o no existir; luego, si este pacto no es necesario, sino que contingente, no tiene sentido hablar de él para justificar una norma que siempre es válido (la N.H.F); cabe recordar que desde el momento en que se habla de la Norma Hipotética Fundamental, se presume su validez. No se puede siquiera mencionar esta si no se presume su validez, pues una condición sine qua non de aquella es que sea válida.

En relación con lo segundo -el no comprender a Kelsen-, le explicaré con argumentos del propio autor el por qué de la imposibilidad de que la N.H.F. sea un contrato social. En la Teoría Pura del Derecho del año 1960, se sostiene que la Norma Fundante Básica es un principio lógico trascendental a priori que se encuentra en el sujeto que conoce del derecho. Explicaré esto. Kelsen pertenece a la corriente neokantiana, es decir, concuerda, en cierta medida, con Kant, específicamente con su teoría del conocimiento en virtud de la cual, es el sujeto cognoscente, a través de ciertas categorías a priori, quien constituye su objeto del conocimiento. Entre estas categorías, se encuentran las de tiempo, espacio y causalidad, que permiten ordenar el flujo caótico de los fenómenos en el mundo del ser. Aclarado esto, volveré a Kelsen. Dije más arriba que este adhiere a esta teoría kantiana, aplicándola al derecho; sostiene que el derecho se encuentra en el mundo del deber ser y que en este, al igual que en el mundo del ser, existen ciertas categorías a priori, verbigracia, el principio de imputación, la coercibilidad, además de la Norma Fundante Básica o N.H.F. Pues bien, estos principios a priori, radican en el sujeto que conoce del derecho y permiten que este sea constituido y ordenado y descrito. Jamás sostiene Kelsen que estas categorías a priori sean un contrato social.

En su obra Teoría General de las Normas -libro póstumo-, se replantea la N.H.F. Escribe Kelsen que sería esta un supuesto al modo de la filosofía del como sí de Vaihinger; es decir, el sujeto que conoce del derecho, hace como si existiera tal norma, puesto que es útil. El jurista supone una ficción.

En este caso, tampoco habla Kelsen de contrato social.

Finalmente, debo decir que no puedo hacerme cargo de las preguntas que el señor Cano realiza, en relación de cómo podría yo explicar la representación indirecta de un pueblo al través de ciertos órganos, puesto que se contradice en su crítica: primero dice que yo niego los contratos sociales y después pregunta cómo explico yo que a través de los pactos sociales se creen derechos y obligaciones. ¿Por qué pregunta por algo que supuestamente yo estoy negando? No tiene sentido.

Un saludo desde Chile, para aquellos que han continuado con la discusión y han enviado correo a modo de respuesta. P.F.S.D. pablo soto delgado

Estimado Licenciado Pablo Soto Delgado:

Suponiendo sin conceder, que, tal y como Usted lo menciona, no he entendido nada de sus apreciaciones (las cuales agradezco y debo confesar me han sido muy útiles), la tesis que yo sostuve en su momento en relación con la N.H.F. como pacto social, no es mía; lo que yo pretendí con tal afirmación fue esperar una discusión sobre la naturaleza de la misma, que creo, incluso en sus tesis no queda muy clara; en lo único que estamos de acuerdo es en considerar a la misma como válida. Finalmente, solicito a Usted, su opinión concreta sobre la naturaleza jurídica de dicha norma y quisiera hacerle otra pregunta, a su entender, ¿existe algo esencialmente jurídico?
FERNANDO CANO LASA

* LA MORAL SIRVE DE FUNDAMENTO PARA EL DERECHO. EFECTIVAMENTE EL DERECHO COMO CIENCIA INDEPENDIENTE DE LO QUE ES MORAL DEBE SER ANALIZADA COMO TAL, ESTO ES TAREA DE LOS DOCTRINARIOS Y TEÓRICOS DEL DERECHO. EN OTRAS PALABRAS LA SEPARACIÓN DEL DERECHO Y LA MORAL VERTIDA POR EL POSITIVISMO METODOLÓGICO

ANALIZADA POR NORBERTO BOBBIO FUE ÚTIL PARA LOS AÑOS DE POST-GUERRA,
NO

TENIENDO APLICACIÓN PRACTICA EN LA ACTUALIDAD. UNA DE LAS FINALIDADES DE LA
CIENCIA DEL DERECHO ES HACERSE PERFECTA PARA UNA MEJOR APLICACIÓN. EN
ESE

SENTIDO LA APLICACIÓN DEL DERECHO DEBE SER CONFORME A CIERTOS CÁNONES QUE
SEAN MAS O MENOS MORALES.

EL DERECHO DE IGUALDAD ES UN DERECHO QUE RECOGE UN PRINCIPIO MORAL,
QUE ES PRECISAMENTE EL DE LA IGUALDAD. HOY DIA CASI TODAS LAS
CONSTITUCIONES DEL MUNDO RECOGEN PRINCIPIOS MORALES, ES DECIR EN LA É
POCA ACTUAL LA RELACIÓN ENTRE MORAL Y DERECHO ESTA A LA ORDEN DEL DIA
ESPECIALMENTE EN LA LEGISLACIÓN Y DECISIONES JUDICIALES. SI SE PROMULGARA
UNA NORMA QUE DIJERESE "EL PADRE PUEDE DISPONER DE SUS HIJOS LIBREMENTE" CLARO
SERIA QUE ESTA NORMA ES CONTRARIA AL PRINCIPIO MORAL DE LA LIBERTAD.

LAS DECISIONES JUDICIALES SE BASAN TAMBIÉN YA NO EN LA SUBSUNCION DE LAS
NORMAS SI NO EN LA DISCRECIONALIDAD CONFORME A CIERTOS PRINCIPIOS, ES DIFÍCIL
QUE UN JUEZ SE SUJETE YA A UNA NORMA DADO QUE SU SUJECIÓN PODRÍA SER
CONTRARIA A

PRINCIPIOS BÁSICOS, TEMA BIEN TRATADO POR ROBERT ALEXY EN SU TEORÍA DE LOS D
ERECHOS FUNDAMENTALES.

EN CONCLUSIÓN LA "TESIS DE LA SEPARACIÓN" YA NO TIENE OPERATIVIDAD PRACTICA
EN LA ACTUALIDAD Y POR OTRO LADO HABRÍA QUE REVISAR LA "TESIS DE LA VINCULACIÓ
N" PARA NO CAER EN EL DECISIONISMO JUDICIAL.

DEJO A TODOS MI CORREO PARA QUIEN QUIERA DARME SU OPINIÓN O REFUTACIONES
PARA EJERCER MEJOR LA DIALÉCTICA Y PODER PERFECCIONAR LA CIENCIA DEL DERECHO.
iran_vazquez@hotmail.com.

*Me pareció importante el rumbo que tomó de la discusión, de
debatir sobre la relación moral - derecho, y pasar a una
revisión de Kelsen y su norma hipotética fundamental. Sobre
esto último, considero que el libro de Guibourg es muy claro.
Doy su referencia bibliográfica:

GUIBOURG, Ricardo A. Derecho, sistema y realidad. Buenos Aires: Astrea, 1986. 77p.
Escribo algo que tomé de este texto:

1. Eficacia para Kelsen, es diferente de validez, y consisten en la adecuación de la
conducta con la norma (p. 16). La eficacia general es condición de la validez de un
orden jurídico, aunque no su fundamento. La NHF solo se supone cuando el
ordenamiento es eficaz (p. 17).

2. la NHF es supuesta, una hipótesis necesaria y axiológicamente neutra, de la que
todo jurista parte para el estudio del sistema coactivo.

1. Ross acusa a Kelsen de iusnaturalista encubierto por su adscripción a un orden
jerárquico, cuando el positivismo excluye la autoridad como fuente de verdad científica
(p. 19).

2. Hart acusa a Kelsen por su afán de reducir el Derecho a normas coactivas.

3. La crítica de Guibourg a Kelsen es en la pretensión de este último en de concebir
la ciencia del Derecho como un sistema coherente y a la vez apto para describir la
realidad (p. 19).

4. Los puntos críticos de Kelsen son la revolución (hecho extrasistemático brusco) y la costumbre (hecho extrasistemático paulatino). P. 21.

5. La revolución es la implantación de un nuevo orden jurídico aunque por vía de recepción o por concurso del Derecho Internacional continúe con varias normas del ordenamiento anterior (p. 22). Se le critica porque con esta teoría Kelsen elimina el criterio de legitimidad democrática. Pero esto no excluye exigir desde un imperativo político no jurídico la democracia. El Derecho kelseniano está sin cargas afectivas – valorativas (p. 22).

Esto es un resumen propio de algunas ideas contenidas en este texto.

Andrés Botero Bernal

* Antes que nada quiero que sepan que mi pensamiento iusfilosófico se adhiere al positivismo jurídico, (pese a que estudio en una universidad católica); pero como siempre digo no me he puesto las anteojeras como los demás.

Ya todos sabemos las diferencias claras que hay entre el derecho y la moral; yo considero que el derecho es una verdadera ciencia, de la que hay que despojar todo pensamiento metajurídico, o metafísico. El endranaje del derecho está dada por el sistema de normas que lo estructuran y que están reguladas por la norma fundamental. Una o varias normas pueden ser consideradas correctas o incorrectas; no todos estamos conformes con ciertas normas, pero la opinión de cada uno varía, esa relatividad que se da en el derecho que va cambiando conforme al tiempo, y eso hace que sea imposible evaluar el derecho a través de una moral absoluta como pretenden los partidarios del derecho natural y por ello creer resolver el problema eterno de la justicia; La moral en un individuo es individual o relativa, por ello no todos estamos de acuerdo con lo que es justo o injusto, tampoco se puede legislar conforme al pensamiento de cada uno. El Positivismo jurídico contrario a lo que la mayoría piensa también evalúa moralmente al derecho, pero siempre lo reconoce como norma. En cambio el derecho natural primero lo evalúa y si lo considera inmoral no lo reconoce como derecho, pero si no es derecho que es?, se le agota la respuesta.

El derecho puede ser evaluado moralmente, conforme al pensamiento interno de cada individuo; pero el derecho como ciencia no tiene como objetivo regular la esfera interna del sujeto, sino las conductas intersubjetivas.

Les deje mi e-mail para responderme: danygorra@hotmail.com

Saludos Daniel Gorra

* En primer lugar, cuando se habla del derecho (o de la moral, para el caso es lo mismo) como un "deber ser" no se refiere, al menos habitualmente, al sentido de la palabra como equivalente a "habrá de ser" o "así tendría que ser", sino a su aspecto teleológico, final. Esto es, en un sentido aristotélico, a la causa final que, como tal (y como todas las otras causas) en su acepción real, "fuerte" integran el derecho. No es algo que "no existe pero tiene que existir". Significa el fin, el objeto que el derecho habrá de cumplir para ser él mismo.

Tampoco me parece acertado hablar de una perspectiva "conservadora" de la moral, como opuesta a la que permita la libertad de opiniones. Esta libertad es deseable en tanto admite esa "liberalidad de posiciones" a la que alguien hizo referencia... pero nada más. Porque ésta "libertad" no es un fin en sí, sino solamente un medio, un instrumento, para que, en la

controversia entre distintas "morales" (expresión que, en puridad, es incorrecta) puedan descubrirse la "Moral" que, como alguien dijo, es objetiva, no depende de opiniones ni de sensibilidades personales y así, ordenar las estructuras sociales, políticas, jurídicas a la consecución de ella, que ya desde la antigüedad tiene un nombre propio: el Bien Común Político.

Recapitulando: La norma jurídica positiva no agota la noción de derecho. Ella debe formarse por el intercambio de opiniones pero siempre teniendo en cuenta que este ámbito de discusión tiene por objetivo descubrir la norma -digamos- moral (natural) que la informa y, además, cuál es su mejor modo de expresarla para que cumpla (deber ser) con el objetivo último de su naturaleza: promover al Bien Común Político de la sociedad en la que se inserta.

Así, este Bien Común cumple una doble finalidad: por un lado se constituye en Principio metajurídico último que sustenta y justifica la existencia de la norma y, por el otro, es el fin al cual ella debe ordenarse.

Mis saludos.

*

Recibe un cordial saludo, mi nombre es Andres Pardo y te escribo en relacion con el cruce de correos sobre moral, costumbre, ley positiva y derecho.

Sobre el mismo deseo disponer al servicio de ustedes un estudio que realice en algun momento de mis estudios, lamentablemente aun no esta disponible en red, pero si deseas podria transcribirlo o por medio de scanner hacerlo llegar.

La discusion acerca de la moral debe ser rescatada de las viejas aulas de derecho, en las que los maestros de antano realzaban la importancia de la adopcion de criterios como: moral, respeto y honestidad. Todas estas van de la mano, se encaminan hacia un mismo destino aun cuando cada individuo pueda particularmente desarrollar una idea de los mismos valores.

Se puede decir que la moral no deberia verse desde un criterio conservador, por el contrario, el respeto a la liberalidad de posiciones que sobre el tema de la moral se puedan tener, es el fin al que se debe apuntar.

De la construccion de estructuras socio-politicas muy buena parte le atane al desarrollo de sistemas que se basan en la moral.

Acaso nuestros legisladores no son seres humanos que poseen una conducta moral?

La moral desde el punto de vista de un concepto que orienta o dirige una ley positiva en particular o un sistema juridico, en general. No es mas que una discusion que se ha presentado por siglos, y que de la misma tarea de proposito investigativo, en su gran parte se ha concluido a la estructuracion de sistemas juridicos mas funcionales y provechosos para el ser humano.

En espera de sus comentarios se suscribe,

Andres Pardo

* Me parece que la norma positiva, tal como usted la denomina, no busca el contenido moral de las normas, es más, el contenido no interesa para el esquema positivista, ya que insisto, la delegación de validez es meramente formal, lo que es imprescindible es que la norma en cuestión pueda referirse, necesariamente, a una jerárquicamente superior que le dé validez por el proceso de creación,

independientemente de su contenido (TEORÍA PURA DEL DERECHO.- KELSEN)

Ahora bien, lo anterior, no quiere decir que el contenido de las normas no incluya aspectos morales o de cualquier otro tipo, sino que dicho contenido es irrelevante para la formulación y estructura de un sistema jurídico positivista. Me parece que la distinción radica entre la estructura y la funcionalidad del Derecho. Estructuralmente, el esquema positivista busca una delegación de validez, lo que repito, estructuralmente pretende cerrar el sistema. Ahora bien, funcionalmente, el orden jurídico no trabaja de esta forma, y necesariamente debe remitirse a aspecto, no sólo morales, sino esencial y eminentemente sociológicos.

SALUDOS

FERNANDO CANO LASA

* EDEL CARRIL@mpf.gov.ar escribió: La discusión se ha vuelto algo confusa... pero fructíferamente confusa. Varios temas, todos ellos de gran interés, han salido a la luz. Intentaré hacer algunos aportes, también confusos por cierto, a alguno de ellos. Si interpreté mal las opiniones de algunos de los comentarios, pido, desde ya, disculpas.

En primer lugar, cuando se habla del derecho (o de la moral, para el caso es lo mismo) como un "deber ser" no se refiere, al menos habitualmente, al sentido de la palabra como equivalente a "habrá de ser" o "así tendría que ser", sino a su aspecto teleológico, final. Esto es, en un sentido aristotélico, a la causa final que, como tal (y como todas las otras causas) en su acepción real, "fuerte" integran el derecho. No es algo que "no existe pero tiene que existir". Significa el fin, el objeto que el derecho habrá de cumplir para ser él mismo.

Tampoco me parece acertado hablar de una perspectiva "conservadora" de la moral, como opuesta a la que permita la libertad de opiniones. Esta libertad es deseable en tanto admite esa "liberalidad de posiciones" a la que alguien hizo referencia... pero nada más. Porque ésta "libertad" no es un fin en sí, sino solamente un medio, un instrumento, para que, en la controversia entre distintas "morales" (expresión que, en puridad, es incorrecta) puedan descubrirse la "Moral" que, como alguien dijo, es objetiva, no depende de opiniones ni de sensibilidades personales y así, ordenar las estructuras sociales, políticas, jurídicas a la consecución de ella, que ya desde la antigüedad tiene un nombre propio: el Bien Común Político.

Recapitulando: La norma jurídica positiva no agota la noción de derecho. Ella debe formarse por el intercambio de opiniones pero siempre teniendo en cuenta que este ámbito de discusión tiene por objetivo descubrir la norma -digamos- moral (natural) que la informa y, además, cuál es su mejor modo de expresarla para que cumpla (deber ser) con el objetivo último de su naturaleza: promover al Bien Común Político de la sociedad en la que se inserta.

Así, este Bien Común cumple una doble finalidad: por un lado se constituye en Principio metajurídico último que sustenta y justifica la existencia de la norma y, por el otro, es el fin al cual ella debe ordenarse.

Mis saludos.

* Quiero agregar algo: Si bien Kelsen señala que la validez de la norma deviene de la norma superior en una pirámide. no puede olvidarse que el propio Kelsen, al explicar la costumbre y la revolución, recuerdan que una estructura jurídica ineficaz pierde validez (por tanto la validez termina siendo fruto también de un acto de validación social, así explica además como por costumbre una norma no es acatada y termina en desuso y con ello se excluye del ordenamiento).

Guiborg En un texto titulado "Sistema y Realidad" (bueno creo que así se llama, más adelante confrontaré el título porque no lo tengo a la mano en estos momentos", centra su atención en este tópico.

¿La moral no se la jugará, en varios casos, en el desuso de la norma? ¿La remisión a la eficacia del Derecho no implicará juicios morales? *Andrés Botero Bernal*

* Me parece que la norma positiva, tal como usted la denomina, no busca el contenido moral de las normas, es más, el contenido no interesa para el esquema positivista, ya que insisto, la delegación de validez es meramente formal, lo que es imprescindible es que la norma en cuestión pueda referirse, necesariamente, a una jerárquicamente superior que le dé validez por el proceso de creación, independientemente de su contenido (TEORÍA PURA DEL DERECHO.- KELSEN)

Ahora bien, lo anterior, no quiere decir que el contenido de las normas no incluya aspectos morales o

de cualquier otro tipo, sino que dicho contenido es irrelevante para la formulación y estructura de un

sistema jurídico positivista.

Me parece que la distinción radica entre la estructura y la funcionalidad del Derecho.

Estructuralmente, el esquema positivista busca una delegación de validez, lo que repito, estructuralmente pretende cerrar el sistema.

Ahora bien, funcionalmente, el orden jurídico no trabaja de esta forma, y necesariamente debe remitirse a aspecto, no sólo morales, sino esencial y eminentemente sociológicos.

FERNANDO CANO LASA

--- EDELCARRIL@mpf.gov.ar escribió:

En primer lugar, cuando se habla del derecho (o de la moral, para el caso es lo mismo) como un "deber ser" no se refiere, al menos habitualmente, al sentido de la palabra como equivalente a "habrá de ser" o "así tendría que ser", sino a su aspecto teleológico, final. Esto es, en un sentido aristotélico, a la causa final que, como tal (y como todas las otras causas) en su acepción real, "fuerte" integran el derecho. No es algo que "no existe pero tiene que existir". Significa el fin, el objeto que el derecho habrá de cumplir para ser él mismo. Tampoco me parece acertado hablar de una perspectiva "conservadora" de la moral, como opuesta a la que permita la libertad de opiniones. Esta libertad es deseable en tanto admite esa "liberalidad de posiciones" a la que alguien hizo referencia... pero nada más. Porque ésta "libertad" no es un fin en sí, sino solamente un medio, un instrumento, para que, en la controversia entre distintas "morales" (expresión que, en puridad, es incorrecta) puedan descubrirse la "Moral" que, como alguien dijo, es objetiva, no depende de opiniones ni de sensibilidades personales y así, ordenar las estructuras sociales, políticas, jurídicas a la consecución de ella, que ya desde la antigüedad tiene un nombre propio: el Bien Común Político.

Recapitulando: La norma jurídica positiva no agota la noción de derecho. Ella debe formarse por el intercambio de opiniones pero siempre teniendo en cuenta que este ámbito de discusión tiene por objetivo descubrir la norma -digamos- moral (natural) que la informa y, además, cuál es su mejor modo de expresarla para que cumpla (deber ser) con el objetivo último de

su naturaleza: promover al Bien Común Político de la sociedad en la que se inserta.

Así, este Bien Común cumple una doble finalidad: por un lado se constituye en Principio metajurídico último que sustenta y justifica la existencia de la norma y, por el otro, es el fin al cual ella debe ordenarse.

Es muy cierto lo que dice pero, como lo advertiera, temo haber sido un poco confuso y por eso pido disculpas. En efecto, la norma positiva no busca el contenido moral de las normas sino que es ella misma moral y lo que busca (o, por lo menos debería buscarlo, ya que si no lo hace "traiciona" su propia esencia: "la ley injusta no es ley", ya decía Aristóteles en el Libro V de la Etica a Nicómaco) es el Bien Común Político, es decir, el bien de la comunidad toda.

El problema de la postura que usted plantea, la llamada "pirámide kelseniana", es que tampoco estructuralmente el sistema parece cerrarse.

La invocación de una norma jerárquicamente superior para obtener validez solo traslada la cuestión a la última norma que forma el vértice del sistema. Además, parece insuficiente para justificar la imperatividad de las normas en general, es decir, su vigor para obligar a las personas.

Resulta paradójico justificar que una norma debe ser obedecida porque otra -aunque sea de rango superior- así lo impone. La pregunta inmediata sería porqué se debe obedecer esta norma segunda y así hasta el infinito.

Es por eso que las corrientes positivistas modernas han intentado (en mi opinión, sin éxito) buscar el fundamento de validez de la estructura positiva fuera de ella misma, ya sea en el puro ejercicio del poder por parte del Estado (lo cual justificaría cualquier acto de los órganos de gobierno por el sólo hecho de que así lo han dispuesto) o en un cierto consensualismo -expreso o tácito- de los integrantes de la sociedad (y en este caso el problema se traslada a otra cuestión: la constatación de cuándo existe este consenso).

Saludos.

* Agradezco su respuesta, y le pido, no me mal entienda, ya que no estoy tratando de justificar al esquema positivista (esquema en el que por cierto no creo), sino que estoy tratando de analizar la discusión desde el punto de vista del mismo.

En cuanto a la estructura de la pirámide Kelseniana, que en gran medida da fundamento a los sistemas jurídicos continentales, señala como norma última la denominada "norma hipotética fundamental", y esta no es una norma concreta como se ha mal entendido, ni siquiera es una constitución, deriva de un pacto social que se presume válido, razón por la cual, me parece que el hecho de que el sistema no esté realmente cerrado en el sistema positivista, no debe referirse a la norma fundamental, sino a la de clausura, que establece la máxima de "todo lo que no está prohibido, está permitido", y derivado de la misma, la que señala la obligación de los jueces de juzgar incluso cuando no se prevé solución, fundados en la norma anterior.

El error en esta norma de clausura es que la misma parece ser una petición de principio o presupone lo que debía probar.

FERNANDO CANO LASA

--- EDELCARRIL@mpf.gov.ar escribió: Estimado
Licenciado Cano Lasa:

Es muy cierto lo que dice pero, como lo advertiera, temo haber sido un poco confuso y por eso pido disculpas. En efecto, la norma positiva no busca el contenido moral de las normas sino que es ella misma moral y lo que busca (o, por lo menos debería buscarlo, ya que si no lo hace "traiciona" su propia esencia: "la ley injusta no es ley", ya decía Aristóteles en el Libro V de la Etica a Nicómaco) es el Bien Común Político, es decir, el bien de la comunidad toda.

El problema de la postura que usted plantea, la llamada "pirámide kelseniana", es que tampoco estructuralmente el sistema parece cerrarse.

La invocación de una norma jerárquicamente superior para obtener validez solo traslada la cuestión a la última norma que forma el vértice del sistema. Además, parece insuficiente para justificar la imperatividad de las normas en general, es decir, su vigor para obligar a las personas. Resulta paradójico justificar que una norma debe ser obedecida porque otra -aunque sea de rango superior- así lo impone. La pregunta inmediata sería porqué se debe obedecer esta norma segunda y así hasta el infinito.

Es por eso que las corrientes positivistas modernas han intentado (en mi opinión, sin éxito) buscar el fundamento de validez de la estructura positiva fuera de ella misma, ya sea en el puro ejercicio del poder por parte del Estado (lo cual justificaría cualquier acto de los órganos de gobierno por el sólo hecho de que así lo han dispuesto) o en un cierto consensualismo -expreso o tácito- de los integrantes de la sociedad (y en este caso el problema se traslada a otra cuestión: la constatación de cuándo existe este consenso).

De: fernando cano lasa
[SMTP:fernandolasa18@yahoo.com]

Me parece que la norma positiva, tal como usted la denomina, no busca el contenido moral de las normas, es más, el contenido no interesa para el esquema positivista, ya que insisto, la delegación de validez es meramente formal, lo que es imprescindible es que la norma en cuestión pueda referirse, necesariamente, a una jerárquicamente superior que le dé validez por el proceso de creación, independientemente de su contenido (TEORÍA PURA DEL DERECHO.- KELSEN)

Ahora bien, lo anterior, no quiere decir que el contenido de las normas no incluya aspectos morales o de cualquier otro tipo, sino que dicho contenido es irrelevante para la formulación y estructura de un sistema jurídico positivista.

Me parece que la distinción radica entre la estructura y la funcionalidad del Derecho.

Estructuralmente, el esquema positivista busca una delegación de validez, lo que repito, estructuralmente pretende cerrar el sistema.

Ahora bien, funcionalmente, el orden jurídico no trabaja de esta forma, y necesariamente debe remitirse a aspecto, no sólo morales, sino esencial y eminentemente sociológicos.

FERNANDO CANO LASA

Quiero agregar algo: Si bien Kelsen señala que la validez de la norma deviene de la norma superior en una pirámide. no puede olvidarse que el propio Kelsen, al explicar la costumbre y la revolución, recuerdan que una estructura jurídica ineficaz pierde validez (por tanto la validez termina siendo fruto también de un acto de validación social, así explica además como por costumbre una norma no es acatada y termina en desuso y con ello se excluye del ordenamiento).

Guiborg En un texto titulado "Sistema y Realidad" (bueno creo que así se llama, más adelante

confrontaré el título porque no lo tengo a la mano en estos momentos", centra su atención en este tópico.

¿La moral no se la jugará, en varios casos, en el desuso de la norma? ¿La remisión a la eficacia del Derecho no implicará juicios morales? *Andrés Botero Bernal*

* Cuando hablamos del derecho debemos entenderlo tanto en su sentido objetivo

como subjetivo. En su sentido objetivo, García Maynes lo define como un conjunto de normas, de preceptos imperativo-atributivos, es decir de reglas que además de imponer deberes imponen facultades, y el derecho subjetivo como la autorización concedida al pretensor por el precepto. El derecho objetivo es la norma que permite o prohíbe y el subjetivo el permiso derivado de la norma .

En México es el poder legislativo el que se encarga de la gestación y nacimiento de la Ley que es una de las fuentes del derecho.

El derecho es la disciplina del deber ser. El deber ser como el futuro o el pretérito, el subjuntivo o el condicional, una forma de pensamiento .

¿Que debe ser y que es? ¿Lo que es, es lo justo?, ¿Lo que proyectamos como deber ser, es también lo justo?, Morin, en los siete saberes necesarios para la educación del futuro, nos brinda una forma de entenderlo .

Cuando señala que todo conocimiento conlleva el riesgo del error y de la ilusión, esa afirmación podemos aplicarla con nuestros legisladores, que cuando crean la ley, en muchos de los casos están viciados por prejuicios, emociones, intereses, o legislan por pertenencia partidaria, aun en contra de sus propios principios. Se es congruente con la política gubernamental contrariando la política de la conciencia, no es acaso, algunas veces, la ley suma de cegueras donde se pierde la luz de lo justo.

En los discursos legislativos se sustentan teorías, doctrinas e ideologías sujetas al error, pero esgrimidas en defensa del mismo, y somos invulnerables a cualquier crítica que lo denuncie. Esta reflexión busca, mas que condenar la creación legislativa, revalorar nuestras posiciones, desde la curul, la cátedra, o el hogar. Cuando ejercemos nuestro papel social, debemos estar abiertos a la identificación de los orígenes de errores, ilusiones y cegueras.

El derecho es un producto de la política como búsqueda de la armonía de los intereses de la sociedad, pero, si se pervierte la política, también se pervierte el derecho, esto es importante considerar, ya que esta disciplina se surte de la necesidad de orden, de convivencia humana, y va fluyendo, tratando de contener lo instintivo de la naturaleza humana que convive con la esfera de las cosas del espíritu, que también conduce al hombre a los extremos del delirio.

Para legislar y establecer el deber ser debemos considerar las condiciones bio-antropológicas, las condiciones socioculturales y las condiciones noológicas.

El conocimiento de los problemas claves del mundo, del Estado, de la región, de la comunidad, debe partir del conocimiento del contexto, religando nuestros saberes, recomponiendo nuestra concepción de la realidad, de nuestros problemas, y como señala Morin, cada vez mas polidisciplinarios, transversales, ultidimensionales, transnacionales, globales y planetarios.

Plantear el deber ser sin considerar el ser, el yo y su circunstancia, es perder el objetivo del derecho, convirtiéndolo en estéril y reduciéndolo a vocablos sin sentido, extraviando el deber ser de la condición humana.

Necesitamos un derecho vital del hombre para el hombre con toda su naturaleza, entorno inteligencia y necesidad divina. No debemos permitir la debilidad en nuestra percepción global

que propicie el debilitamiento de la responsabilidad y en consecuencia el debilitamiento de la solidaridad.

Atentamente
Mtra. Lety Brambila

* Estimado Lic. Fernando Cano Lasa:

Efectivamente, la norma de clausura a la que hace referencia parece ser una petición de principio, esto es, conduce a lo que se llama un razonamiento "circular".

Colocar esta norma como fundamento último nos lleva naturalmente a preguntarnos qué es lo que está prohibido. Si a esto respondemos que lo prohibido es lo que la ley, valga la redundancia, prohíbe, volvemos nuevamente a las normas positivas (y así se cierra la "circularidad" del razonamiento).

La otra posibilidad es que exista un fundamento anterior a esta máxima, es decir un "algo" que defina qué debe ser prohibido y porqué.

Es que no parece posible fundar un argumento en una premisa negativa (lo que no está prohibido...) y de allí sacar conclusiones afirmativas universales (la ley debe ser obedecida), lo que nos remite al interesante tema de la Lógica en general (y en especial la jurídica) brillantemente tratado por Kalinowski (espero haber escrito bien el apellido) y en Argentina, en especial, por Félix A. Lamas.

Más bien hay que remitirse a una premisa afirmativa y que sea asequible por todos (es decir, que su absoluta verdad sea aprehendida inmediatamente por cualquiera), para fundamentar el sistema.

Saludos

* La Norma Hipotética Fundamental no es hipotética en el sentido de ser una hipótesis científica, que se pueda confrontar, desde que no admite prueba en contrario. Esto porque la prueba de sí misma es que es hipotética. Para ser más claro: la N.H.F. es hipotética puesto que se presupone válida. Pues bien, si no hay presuposición de validez, no hay N.H.F; entonces, hablar de la N.H.F de un sistema jurídico, significa validez de la misma y del ordenamiento, en consecuencia.

La validez del sistema jurídico no se encuentra dada, en Kelsen, en el sistema jerárquico. Esto merece ser explicado, porque es frecuente el error.

Si bien es cierto que la validez de las normas fundadas se encuentra en las denominadas normas fundantes y que, en el sistema dinámico de derivación existe un orden de jerarquía de normas –la mentada pirámide kelseniana- en virtud del cual, en su base se encuentra una norma fundada, mas, no fundante, y en su cúspide, una que es fundante, pero, no fundada, correspondiente a la primera constitución jurídico positiva. Este sistema, así descrito, no es un sistema válido, puesto que no hay un fundamento último de validez, que corresponde a la N.H.F.. Lo que quiero decir es que la mera derivación de normas, no permite predicar validez de este. Se puede hacer si, y sólo si, hay una N.H.F. que confiera validez última a la primera constitución jurídico positiva. Cabe advertir, por último, que la N.H.F. no se encuentra dentro del sistema jurídico, sino que está radicada en el sujeto que conoce del derecho.

Respecto de la relación entre la estructura y función de la norma, es decir, entre el marco formal y el marco material, considero que no la hay, a menos que uno adhiera a la corriente naturalista. A mi parecer, esto lo resuelve Kelsen, respondiendo que siendo el derecho una forma de regular la conducta humana, y pudiendo esta manifestarse de una infinidad de formas, el derecho puede

contener la regulación de cualquiera de estas conductas. Según él, cualquier contenido puede ser derecho, lo cual, no es sino cierto; ¿alguien duda que las leyes del Tercer Reich, que contenían disposiciones de tipo racista y discriminatorio, no eran derecho? Ahora bien, respecto de ese derecho, se puede predicar inmoralidad o injusticia, sin embargo, no deja de ser derecho. El derecho, es una decisión política, acorde con muchos factores: ideológicos, económicos, morales, sólo por mencionar algunos.

Por último, respecto del asunto de las leyes y los reglamentos, cabe decir que, en aquellos casos justificados, necesarios y expresamente regulados por la ley, es adecuado que materias de ley sean reguladas por disposiciones de menor jerarquía. En cualquier otro caso, es una fuente de incertidumbre jurídica; es, además, una puerta abierta a la discrecionalidad del sujeto encargado de dictar el reglamento, puesto que, en sus manos se encuentra el poder de imponer un acto volitivo, transformándolo en uno de aplicación general.

* Comienzo por decir que no soy afecta a la corriente del derecho iuspositivista, cuando hablan de la Norma Hipotética Fundamental como la piedra angular en la cual se soporta toda la validez del sistema jurídico, no puedo más que decir que es una teoría que al principio intenta justificar al derecho sin recurrir a elementos extrajurídicos, no se si será correcta la terminología, pero cuando llega al problema de que justifica a la constitución entonces inventan lo de la N.H.F.

From: "Aida Noblia"

Reply-To: filosofiayderecho@eListas.net

To:

Subject: RE: [Filosofia_y_Derecho] moral y derecho ERROR EN KELSEN

Date: Sat, 14 Dec 2002 08:54:43 -0300

Confieso públicamente mi ignorancia: no soy persona dedicada a la Filosofía del Derecho pero es algo que me interesa como necesidad de explicación de la realidad en que vivimos, aunque no he podido dedicar mayor tiempo a ella, por la razón económica de que mi fuente de trabajo se desarrolla en el área del Derecho formal: elaborar fórmulas sacramentales como escribana, documentar actos y negocios jurídicos . Por tal motivo pido disculpas a los estudiosos de la materia por el simplismo de mi pensamiento, pero el interés por el tema me impulsa a tratar de resolver para mi fuero interior este tema de la validez del sistema jurídico.

Modestamente: tenía entendido que: la norma hipotética fundamental es eso: una creación teórica, es parte de una teoría que intenta explicar la realidad jurídica.

En las ciencias duras es un método de análisis de la realidad: se parte de una hipótesis de trabajo y se intenta confrontar la "hipótesis" con la realidad, si la hipótesis "resiste" con éxito la prueba, es que es válida y permite explicar esa realidad, en este caso la realidad jurídica.

En el caso que nos ocupa, esa teoría intenta explicar la validez del sistema jurídico y postula el sistema de jerarquía de las normas como explicación de la validez del sistema jurídico, es decir: el sistema jurídico se explica y es válido porque toda norma basa su validez en otra norma de rango superior.

Comprobado esto se comprueba la validez del sistema jurídico; la comprobación se puede realizar desde la norma inferior (la base del triángulo) hasta la superior: así: un reglamento es válido porque su validez se la da la ley o: el contrato vale porque la ley dice que es ley entre las partes, la ley vale porque la Constitución le da valor si es elaborada y promulgada por los métodos que establece..

Pero el problema de esta teoría es que se vuelve infinito. Entonces, llega un punto en el que la teoría positivista establece como hipótesis de trabajo que existe una norma (hipotética) fundamental. De ahí podemos recorrer el sistema piramidal hacia y desde el vértice y comprobar su validez.

Pero estamos en el terreno de las teorías e hipótesis que intentan explicar la validez del sistema jurídico. En este caso la explicación es referida a la estructura del sistema normativo, a la estructura formal.

El problema es que esa explicación "estructural" puede ser útil para variados contenidos de las normas. No resuelve el problema de la "validez" de los contenidos sino de la estructura formal. El plano de los contenidos del Derecho es otro plano. Alguien mencionó el tema de la función, creo que

ese es el punto: cuál es la función de la norma? la función del sistema normativo? Ahí entonces no podemos dar una explicación estructural, referida a la estructura, sino a la función, y es la función la que está relacionada con valores.

Otro punto sería establecer la relación entre estructura y función de la norma en el sentido de cuestionarnos si determinada estructura no implica en sí misma el cumplimiento de una función y viceversa, si para cumplir determinada función hay estructuras que responden a esa función más

apropiadamente que otras. Disculpen la intromisión, pero me gustaría saber si hay alguna correlación

de necesidad o conexión entre la estructura y la función de la norma, si esto ya es tema resuelto para Uds., en fin, si es que es de interés para Uds. el tema en ese sentido.

Y desde el punto de vista práctico, lo que he podido observar es que, al menos en mi país, los reglamentos, los instrumentos de base, pasan a tener una importancia cada vez mayor, hay una tendencia a dejar a la determinación de la reglamentación muchas cuestiones que parece que deberían ser tratadas por la ley, por sus características intrínsecas de generalidad y abstracción, o por la importancia de la materia que tratan y sin embargo son tratadas de hecho por los reglamentos. Esto parece responder en parte a que el pesado y lento mecanismo de la elaboración de la ley no se concilia bien con la realidad altamente cambiante que vivimos. Esa entre otras explicaciones que he podido escuchar.

Aída

From: pablo soto delgado

En estas breves líneas, me permitiré rebatir el argumento del señor Cano, en relación con que la Norma Hipotética Fundamental kelseniana es un contrato social. Esto no es correcto, puesto que la N.H.F es la interpretación subjetiva de un acto objetivo, es decir, para ser contrato, debe, el acto objetivo, ser una manifestación de voluntad con un telos subjetivo, lo que no sucede. La norma hipotética fundamental funciona ex post el acto objetivo, para tornarse, a través de la interpretación de los sujetos imperados, en una norma que debe ser. Por ejemplo, en el caso de un quiebre institucional, mediante revolución o golpe de estado, el o los sujetos que se hacen del poder, pueden dictar una nueva Constitución (acto objetivo), con la intención de que sea esta obedecida, aquí hay una manifestación de voluntad. Ahora bien, depende de los sujetos imperados si presuponen válido aquel nuevo orden (acto subjetivo), es decir, si interpretan que la dictación de una nueva constitución es válida. Hay una gran diferencia en un

contrato entre la perfección del acto y la interpretación del contrato. En la N.H.F., no hay contrato; no hay partes que concreten con un acuerdo de voluntades crear, extinguir o modificar derechos. Sólo hay una declaración de voluntad por un lado (la instauración de la

norma) y una interpretación

por el otro (la presuposición de validez). Además, aún suponiendo que la presuposición de validez fuese una declaración de voluntad y que, en consecuencia, habría consentimiento, por un lado, de hacer cumplir la norma y, por otro, de obedecerla, debo decir que ambos actos -el objetivo y subjetivo-, no llegan a un acuerdo de voluntades porque se encuentran en territorios diferentes, es decir, el acto objetivo, está en un ámbito fáctico, mientras que la presuposición de validez, en un ámbito interno del sujeto. ¿será entonces posible obtener un acuerdo de voluntades siendo que

una es positiva y la otra no? La respuesta es obvia. No.

PAUL PHILIPPE SOTIER

From: "Leticia Brambila"

El deber ser y el ser

Cuando hablamos del derecho debemos entenderlo tanto en su sentido objetivo como subjetivo. En su sentido objetivo, García Maynes lo define como un conjunto de normas, de preceptos imperativo-atributivos, es decir de reglas que además de imponer deberes imponen facultades, y el derecho

subjetivo como la autorización concedida al pretensor por el precepto. El derecho objetivo es la norma que permite o prohíbe y el subjetivo el permiso derivado de la norma. En México es el poder legislativo el que se encarga de la gestación y nacimiento de la Ley que es una de las fuentes del derecho.

El derecho es la disciplina del deber ser. El deber ser como el futuro o el pretérito, el subjuntivo o el condicional, una forma de pensamiento.

¿Que debe ser y que es? ¿Lo que es, es lo justo?, ¿Lo que proyectamos como deber ser, es también lo justo?, Morin, en los siete saberes necesarios para la educación del futuro, nos brinda una forma de entenderlo.

Cuando señala que todo conocimiento conlleva el riesgo del error y de la ilusión, esa afirmación podemos aplicarla con nuestros legisladores, que cuando crean la ley, en muchos de los casos están viciados por prejuicios, emociones, intereses, o legislan por pertenencia partidaria, aun en contra de sus propios principios. Se es congruente con la política gubernamental contrariando la política de la conciencia, no es acaso, algunas veces, la ley suma de cegueras donde se pierde la luz de lo justo. En los discursos legislativos se sustentan teorías, doctrinas e ideologías sujetas al error, pero esgrimidas en defensa del mismo, y somos invulnerables a cualquier crítica que lo denuncie. Esta reflexión busca, mas que condenar la creación legislativa, revalorar nuestras posiciones, desde la curul, la cátedra, o el hogar. Cuando ejercemos nuestro papel social, debemos estar abiertos a la identificación de los orígenes de errores, ilusiones y cegueras.

El derecho es un producto de la política como búsqueda de la armonía de los intereses de la sociedad, pero, si se pervierte la política, también se pervierte el derecho, esto es importante considerar, ya que esta disciplina se surte de la necesidad de orden, de convivencia humana, y va

fluyendo, tratando de contener lo instintivo de la naturaleza humana que convive con la esfera de las cosas del espíritu, que también conduce al hombre a los extremos del delirio.

Para legislar y establecer el deber ser debemos considerar las condiciones bio-antropológicas, las condiciones socioculturales y las condiciones noológicas.

El conocimiento de los problemas claves del mundo, del Estado, de la región, de la comunidad, debe partir del conocimiento del contexto, religando nuestros saberes,

recomponiendo nuestra concepción de la realidad, de nuestros problemas, y como señala Morin, cada vez mas polidisciplinarios, transversales, multidimensionales, trasnacionales, globales y planetarios.

Plantear el deber ser sin considerar el ser, el yo y su circunstancia, es perder el objetivo del derecho, convirtiéndolo en estéril y reduciéndolo a vocablos sin sentido, extraviando el deber ser de la condición humana.

Necesitamos un derecho vital del hombre para el hombre con toda su naturaleza, entorno inteligencia y necesidad divina. No debemos permitir la debilidad en nuestra percepción global que propicie el debilitamiento de la responsabilidad y en consecuencia el debilitamiento de la solidaridad.

Mtra. Lety Brambila

From: fernando cano lasa

Agradezco su respuesta, y le pido, no me mal entienda, ya que no estoy tratando de justificar al esquema positivista (esquema en el que por cierto no creo), sino que estoy tratando de analizar la discusión desde el punto de vista del mismo.

En cuanto a la estructura de la pirámide Kelseniana, que en gran medida da fundamento a los sistemas jurídicos continentales, señala como norma última la denominada "norma hipotética fundamental", y esta no es una norma concreta como se ha mal entendido, ni siquiera es una constitución, deriva de un pacto social que se presume válido, razón por la cual, me parece que el hecho de que el sistema no esté realmente cerrado en el sistema positivista, no debe referirse a la norma fundamental, sino a la de clausura, que establece la máxima de "todo lo que no está prohibido, está permitido", y derivado de la misma, la que señala la obligación de los jueces de juzgar incluso cuando no se prevé solución, fundados en la norma anterior.

El error en esta norma de clausura es que la misma parece ser una petición de principio o presupon lo que debía probar.

--- EDELCARRIL@mpf.gov.ar escribió: Estimado Licenciado Cano Lasa:

Es muy cierto lo que dice pero, como lo advertiera, temo haber sido un poco confuso y por eso pido disculpas. En efecto, la norma positiva no busca el contenido moral de las normas sino que es ella misma moral y lo que busca (o, por lo menos debería buscarlo, ya que si no lo hace "traiciona" su propia esencia: "la ley injusta no es ley", ya decía Aristóteles en el Libro V de la Etica a Nicómaco) es el Bien Común Político, es decir, el bien de la comunidad toda.

El problema de la postura que usted plantea, la llamada "pirámide kelseniana", es que tampoco estructuralmente el sistema parece cerrarse.

La invocación de una norma jerárquicamente superior para obtener validez solo traslada la cuestión a la última norma que forma el vértice del sistema. Además, parece insuficiente para justificar la imperatividad de las normas en general, es decir, su vigor para obligar a las personas. Resulta paradójal justificar que una norma debe ser obedecida porque otra -aunque sea de rango superior- así lo impone. La pregunta inmediata sería porqué se debe obedecer esta norma segunda y así hasta el infinito.

Es por eso que las corrientes positivistas modernas han intentado (en mi opinión, sin éxito) buscar el fundamento de validez de la estructura positiva fuera de ella misma, ya sea en el puro ejercicio del poder por parte del Estado (lo cual justificaría cualquier acto de los órganos de gobierno por el sólo hecho de que así lo han dispuesto) o en un cierto consensualismo -expreso

o tácito- de los integrantes de la sociedad (y en este caso el problema se traslada a otra cuestión: la constatación de cuándo existe este consenso).

De: fernando cano lasa

Me parece que la norma positiva, tal como usted la denomina, no busca el contenido moral de las normas, es más, el contenido no interesa para el esquema positivista, ya que insisto, la delegación de validez es meramente formal, lo que es imprescindible es que la norma en cuestión pueda referirse, necesariamente, a una jerárquicamente superior que le dé validez por el proceso de creación, independientemente de su contenido (TEORÍA PURA DEL DERECHO.- KELSEN)

Ahora bien, lo anterior, no quiere decir que el contenido de las normas no incluya aspectos morales o de cualquier otro tipo, sino que dicho contenido es irrelevante para la formulación y estructura de un sistema jurídico positivista.

Me parece que la distinción radica entre la estructura y la funcionalidad del Derecho.

Estructuralmente, el esquema positivista busca una delegación de validez, lo que repito, estructuralmente pretende cerrar el sistema.

Ahora bien, funcionalmente, el orden jurídico no trabaja de esta forma, y necesariamente debe

remitirse a aspecto, no sólo morales, sino esencial y eminentemente sociológicos.

* ESTIMADO LICENCIADO PHILIPPE:

ME PARECE QUE HA MAL ENTENDIDO MIS REFLEXIONES, YA QUE AL VER LA EXPLICACIÓN QUE PRESENTA PARA REBATIR MIS ARGUMENTOS, ME DOY CUENTA QUE ESTAMOS EN LA MISMA LÍNEA DE PENSAMIENTO. LO IMPORTANTE DE LA N.H.F. ES QUE SE PRESUME VÁLIDA. CUANDO YO ME REFIERO A LA VALIDEZ DE LA NORMA HIPOTÉTICA FUNDAMENTAL DERIVADA DE UN PACTO SOCIAL QUE SE PRESUME VÁLIDO, ÚNICAMENTE ESTOY JUSTIFICANDO AL ESQUEMA KELSENIANO, YA QUE NO SE LE OLVIDE, QUE EL ESQUEMA ES MERAMENTE FORMAL, POR TANTO, INDEPENDIEMENTE DE QUE EXISTA O NO ESE PACTO SOCIAL QUE DA VALIDEZ A LA NORMA, ESTRUCTURALMENTE, SE PRESUME QUE HA EXISTIDO, Y POR TANTO LA DERIVACIÓN DE NORMAS ES FORMALMENTE VÁLIDA.

AHORA BIEN, CUANDO SE REFIERE USTED A QUE EN UN PACTO SOCIAL NO EXISTE UNA MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD DE DOS PARTES PARA CREAR, TRANSMITIR, MODIFICAR O EXTINGUIR OBLIGACIONES, ESTÁ USTED OLVIDANDO LAS TEORÍAS DE DIVERSOS AUTORES, ENTRE ELLOS GENY, SOBRE LAS CONSECUENCIAS DE LA MANIFESTACIÓN DE LA VOLUNTAD, DENTRO DE LOS CUALES SE ENCUENTRAN LOS ACTOS COLECTIVOS Y LOS ACTOS UNIÓN, REFIRIÉNDONOS EN ESTE CASO A LOS PRIMEROS.

AUNADO A LO ANTERIOR, SI LA ÚNICA FORMA DE CREAR DERECHOS Y OBLIGACIONES DENTRO DE UNA SOCIEDAD DETERMINADA ES A TRAVÉS DE LAS REGLAS CONTRACTUALES, QUE AL EFECTO ESTABLECEN LOS DIFERENTES CÓDIGOS CIVILES, CÓMO EXPLICA USTED EL CRITERIO DE LAS REPRESENTACIÓN INDIRECTA DE UN PUEBLO A TRAVÉS DE DIVERSOS ÓRGANOS.

SALUDOS DESDE MÉXICO

FERNANDO CANO LASA

Estimado Pablo muchas gracias, tu exposición es muy clara, profundiza en el tema y la verdad es que concluyo que debería leer directamente a Kelsen, por eso aclaré mi estado de ignorancia; mi intención no es exactamente justificar a Kelsen sino entender el propio sistema jurídico real a través de elementos que pueden ser dados por distintos autores.

Es cierto que entendía y entiendo que la NHF es un supuesto del que se parte para dar la explicación y en ese sentido no es ni se pretende demostrarla, la hipótesis en realidad es el sistema jerárquico, que sí puede ser demostrado, menos la NHF, cuya validez se presupone y, como dices, es fundante pero no fundada. En ese sentido tenemos un sistema jerárquico demostrable, menos en lo que refiere a la NHF, que vendría a ser un supuesto y quedaría demostrada su existencia por la demostración del resto de la pirámide y por su necesidad para ésta.

Esa demostración de validez se refiere a un plano formal y no de contenido me parece, las normas valen en ese sentido como un sistema jerárquico existente y real.

Otra cosa es querer trasladar la validez de la estructura a la validez desde el punto de vista del contenido, por eso me referí a la función, porque ahí es donde debemos recurrir a otros elementos que no están contenidos en ese esqueleto formal jerárquico.

Esta estructura jerárquica formal, (perdón por la deformación profesional) es como una fórmula de compraventa en la que están todas las cláusulas que corresponden, hecha en la forma escritura pública, etc y podemos decir que su forma es perfecta, vale, pero cuando analizamos su contenido, encontramos que firmó un incapaz absoluto por ejemplo o que existió un vicio del consentimiento.

Eso es lo que entiendo de la pirámide de Kelsen y coincide con lo que expresas cuando dices que para Kelsen "cualquier contenido puede ser derecho", para su razonamiento esto es así: las leyes del Tercer Reich son derecho. Lo cual no quiere decir que entiendo lo mismo que Kelsen sino que en su explicación esto es necesariamente así.

Estoy de acuerdo en que el derecho, respecto de su contenido, es una decisión política y pienso que esto es comprobable.

En cuanto al problema de la relación entre la estructura y la función o la forma y el contenido del sistema jurídico, implicaría demostrar la correspondencia entre ese sistema jerárquico formal y determinado tipo de contenidos del derecho.

Si analizamos por ejemplo un determinado sistema jurídico concreto, podemos llegar a la conclusión, de que tiene validez formal, pero no de contenido. Para esto deberíamos saber cómo damos validez al contenido, más allá de la estructura.

Aída

Pues esto es un individualismo extremo, El derecho está visto aquí como derecho subjetivo preconvencional. Y hay derecho allí?

Querida Liz:

Creo que hay materia para la discusión y eso me parece excelente. La ética y la moral no son lo mismo, pero la falta de cualquiera de estas, da como resultado a un individuo con voluntad propia, pero sin el esquema de diferenciación entre el bien y el mal. Ahora es claro que la moral y la ética le pertenecen al individuo y en conjunción le dan un cierto valor a sus acciones. Bueno o malo, pero al final es un valor.

Para dar un ejemplo de lo anterior, haré una cita de tu opinión: " Ahora bien el derecho no es una casualidad, ni espontaneidad y mucho menos una individualidad"... De acuerdo con mi teoría, el derecho es un ejercicio, por lo tanto tiene como elementos la casualidad, espontaneidad e individualidad. Por ejemplo, una persona que decide no pagar los impuestos que establece la ley

fiscal, está violando esas disposiciones jurídicas, establecidas por el órgano legislativo del Estado y que presuponen el beneficio colectivo. Esta persona está realizando una conducta que puede ir desde lo ilícito hasta la ética de esa persona. Ninguna ley lo facultó para decidir no pagar sus impuestos, por lo tanto ha ejercido su derecho más elemental; actuar conforme a su libre albedrío. Eso es derecho, ya que no media la voluntad social, ni la coercitividad de la ley.

Haciendo nuevamente una cita a tu opinión emitiré la mía:" La ciencia tiene muchas limitaciones ante la realidad, pero ante nosotros, es una herramienta indispensable para conocer, acertar, comprender, investigar y etc., etc. etc. por tanto el derecho como ciencia debe ser general y abstracto, es decir para un universo lo más amplio posible. La ley no es sino producto de establecer ese derecho para todos." ... Como principio, la ciencia es la que se encarga de resolver esas limitaciones ante la realidad para llegar al conocimiento del objeto de estudio máxime si se trata de una herramienta que hemos de utilizar. El derecho no "debe ser", porque el debe ser implica inexistencia, es el mañana que aún no hemos vivido. El derecho existe, por lo tanto no puede entrar al terreno de la incertidumbre. Si el derecho estuviese en el campo del deber ser, entonces cada caso tendría su propia norma jurídica.

Por otro lado, tienes razón en decir que el derecho es general, pues cada individuo puede ejercerlo ya sea por sí mismo o por interpósita persona (para el caso de los incapaces), sin embargo, el que sea general y abstracto en su conjunto, son elementos de la ley, que es totalmente diferente al derecho. Haciendo alusión a tu comentario en cuanto a que una sociedad por muy primitiva que esta sea, establezca las normas de conducta, éstas serán solamente para entender como son las reglas del juego, o lo que Rousseau llamó el contrato social. De ninguna manera este contrato social es derecho, puesto que no solo otorga facultades, también las limita o sanciona. Por eso la ley se aplica y es general, abstracta y coercitiva, mientras que el derecho sólo se ejerce. Un acreedor tiene el derecho de renunciar a lo que le es debido y perdonar al deudor del cumplimiento de la obligación no sólo porque la ley lo establezca en el Código Civil, sino porque es su libre decisión de hacerlo.