

Filosofía del derecho

Indice 1. Introducción 2. El ocaso de la filosofía del derecho 3. Bibliografía

1. Introducción

Toda filosofía del derecho forma parte de una determinada filosofía general, puesto que ofrece reflexiones filosóficas acerca de los fundamentos generales del derecho. Estas reflexiones pueden derivar de una posición filosófica existente, o pueden llevar a una posición de esta clase. Es característico de la historia de la filosofía del derecho –y también muy natural- que los filósofos se hayan inclinado por el primero de estos métodos, y abogados y juristas por el segundo. No obstante, no toda filosofía conduce a una filosofía del derecho. Así, por ejemplo, Descartes filosofaba muy poco acerca del derecho. Por otra parte, muchos juristas se conforman con estudiar la masa de normas legales que se les enfrenta y dejan a los demás toda exploración filosófica general de este mundo, limitándose a los conceptos generales que no son comunes a la profesión. El derecho común, tradicional en gran parte, descansa en una visión general de la ley. Incuestionablemente, se puede ser un buen abogado o jurista sin tener clara noción de nuestra filosofía jurídica, así como es verdad que se puede ser un buen filósofo sin haber elaborado una filosofía del derecho. Pero es dudosa la idea expresada con frecuencia por los abogados de tipo más práctico, de que la ley no involucra una filosofía del derecho. Porque la ley consiste en declaraciones o enunciados expresados verbalmente, y tales declaraciones, comúnmente llamadas juicios –que en derecho son, netamente, juicios normativos-, dan lugar a una clase de cuestiones filosóficas generales, de significación para tales juicios. Si, ocasionalmente, los positivistas, los pragmatistas y los formalistas hablan de la ley como si existiese en un vacío, independientemente de valores, opiniones o creencias, semejante punto de vista implica, de hecho, una posición filosófica de otro tipo. Tampoco la filosofía puede declararse ajena a la filosofía del derecho y la circunstancia de que tal o cual filósofo no elabore una filosofía del derecho no impide que otros se dediquen a dar forma a esta filosofía. Así, por ejemplo, tenemos una filosofía cartesiana del derecho, aun cuando Descartes mismo no se ocupara de elaborarla. En consecuencia, es necesario tomar en consideración dos puntos de vista al estudiar la filosofía del derecho, para que dicho estudio sea empírico, o "científico" en el amplio sentido de la palabra. Desde luego, en este contexto la palabra "ciencia", no se emplea en el estrecho sentido en que la ciencia se ocupa únicamente de regularidades, normas y hasta "leyes" generales, estas últimas interpretadas como las leyes de la naturaleza de las ciencias naturales. Hay dos puntos de vista desde los cuales puede tratarse la filosofía del derecho. En primer lugar, una filosofía "científica" del derecho deberá examinar el desarrollo de las doctrinas filosóficas con objeto de determinar que problemas han quedado ya declarados sustancialmente, para que podamos edificar así sobre la base de conceptos anteriores. En segundo lugar, es necesario describir, siquiera someramente, los cimientos filosóficos sobre los que se asientan las diversas aportaciones, es decir, de los que ha nacido la filosofía general. La comprensión y el conocimiento científicos se basan totalmente en la experiencia. Sin embargo, los sensualistas, llamados también empiristas, se equivocaron al tratar de reducir toda la experiencia humana a la de los sentidos. También la vida intelectual y espiritual del hombre forman parte de su experiencia. Pensar es, ya en sí, cierta clase de experiencia, como lo son el sentir, el desear y, más particularmente, la acción creadora.

Para el derecho, todos estos tipos de experiencia tienen importancia. Sería más fácil lograr la claridad filosófica si se pudieran contemplar estas diferentes clases de experiencia como una unidad coherente y lógica. Ello es, sin embargo, imposible, y todos los esfuerzos realizados hasta a fecha para lograrlo (esfuerzos que constituyen gran parte de la historia de la filosofía) han llevado a la negación de uno u otro campo de la experiencia. La experiencia de observar una sucesión de impresiones de los sentidos lleva a la hipótesis de la causalidad. Hume analizó el carácter hipotético de la ley de causalidad; a su vez Kant demostró cuán esencial es esta ley para todo pensar ordenado. Es imposible pensar acerca de la experiencia de los sentidos sin postular causas (lo mismo puede decirse de muchas otras experiencias, particularmente la histórica, que se presenta al observador como informes de hechos que se afirma que han ocurrido). De esta hipótesis de causa y efecto se llega a la posición filosófica conocida como determinismo. Pero la experiencia de la voluntad, de la facultad de adoptar una decisión en una situación que permite dos o más alternativas, nos lleva a la hipótesis de la libertad. Es imposible empeñarse en un acto de la voluntad si no se da por sentado que se puede actuar en una u otra forma. El carácter hipotético de esta libertad fue formulado por Hobbes, aunque también en este caso logró Kant demostrar que la hipótesis de la libertad es necesaria para la persona actuante. El famoso imperativo categórico tiene por objeto demostrar el carácter esencial de todos los juicios normativos. Pero la consecuencia lógica de la hipótesis de la libertad es la filosofía del "interdeterminismo". Los sistemas filosóficos monistas existentes pueden, por tanto, dividirse en dos clases: los que rechazan la hipótesis de la libertad o, al menos, la reducen en su alcance, los cuales son, por tanto, deterministas, y aquellos que, si bien no rechazan la hipótesis de la causalidad, la han restringido notablemente en su alcance y que

son, por consiguiente voluntaristas. Lo último es válido, en sentido general, aun cuando al rechazar la hipótesis de la causalidad está ligado a cierto tipo de deísmo (sistemas teológicos). Existe, todavía, otra posibilidad que consiste en el intento de lograr la hipóstasis de dos mundos radicalmente separados, es decir, de separar en la naturaleza el mundo de las normas del mundo de los eventos, como lo hizo Kant (sistemas dualistas). No obstante, queda siempre cierto residuo de incoherencia filosófica, dado que, si el componente lógico del comportamiento humano es parte de la humana experiencia, se desprende de ahí que no podemos hacer de la experiencia un todo lógicamente coherente. Hemos desarrollado este concepto con referencia a los problemas de la causalidad y de la libertad, relacionados ambos con los de observar y decidir. Pero encontramos dificultades semejantes si consideramos los problemas de la experiencia creadora y también, si nos volvemos a la experiencia sensorial, que es otra que puede equiparse con las experiencias de otras clases sólo por medio de construcciones sumamente artificiales (no obstante lo cual se han hecho frecuentes intentos para lograrlo). Así pues, parece ser que la filosofía radical de la experiencia no es sino un punto de vista general del mundo que acentúa los problemas. A este respecto tiene cierto parentesco con el pragmatismo, si bien los problemas no derivan, como en el pragmatismo de nociones funcionales y relacionadas, sino que se forman dentro del contexto mismo de la base dada. Son el primer orden del ser. Una filosofía de la experiencia es una filosofía del problema, considerado el término problema en el mismo sentido concreto en que la palabra problema se refería originalmente en griego a algo que, como una piedra en la carretera, se atraviesa en nuestro camino. Y el problema que se presenta una y otra vez, es este: como puede la total experiencia humana resultar fructuosa para la progresiva comprensión de determinado objeto de conocimiento. El derecho es uno de esos objetos, y nosotros proponemos desde el comienzo, a la luz de nuestra filosofía de la experiencia, la hipótesis básica de que, sin un conocimiento comprensivo de los problemas de la experiencia total, el derecho solo puede presentarse de manera artificial y contradictoria. Solo si toman en cuenta todos los distintos tipos de experiencia, podemos dar una imagen del derecho que sea adecuada a la realidad y al mismo tiempo, general. Solo entonces se podrá desarrollar una amplia filosofía del derecho.

La historia, y especialmente la historia intelectual, manifiesta un designio, y que las sucesivas filosofías del derecho incorporan intuiciones progresivas, partes de la verdad que estamos buscando. Por lo tanto, esa historia sistemática nos suministrará el fundamento para algo que podemos añadir. Y a la vez, la parte sistemática no pretende ofrecer una filosofía cabal del derecho, sino más bien lo que yo concibo que debe ser un consenso que ha ido emergiendo sobre cierto número de problemas que han permanecido abiertos. Nuestra búsqueda de lo nuevo viene templada por una concepción de la antigua verdad que Goethe aconsejaba a sus románticos contemporáneos que mantuvieran en su poder. La mayor parte de las llamadas novedades son viejos errores en nuevos atavíos lingüísticos. Pero hay nuevas perspectivas que se perfilan. La repetida frase del Magistrado de la Suprema Corte Holmes, de que "la vida del derecho no ha sido lógica, sino de experiencia", exagera acremente una visión interna decisiva—esto es decisiva, si la experiencia se considera en una acepción amplia y comprensivamente humana. Por lo mismo, las posiciones a medida que surgen del panorama histórico, cuando se completan con las observaciones sistemáticas suplementarias delinean mi filosofía del derecho. No es una posición kantiana o neokantiana, ni una posición positivista o de derecho natural, sino más bien una visión del derecho y la justicia, en la cual hechos y valores se ven íntimamente relacionados en toda experiencia humana en política.-

2. El ocaso de la filosofía del derecho

Si bien es cierto que en la escuela de Stammler y en la de Kant percibimos cierto escepticismo, esta tendencia recibió gran impulso con el positivismo ya que en el fondo, el positivismo contiene implícito—al menos por lo que atañe a la filosofía—un punto de vista notablemente escéptico. ¿No dicen todos los positivistas que el filósofo no tiene sentido, que carece de valor? Además, insisten en que lo importante es el análisis sistemático digno de confianza por las pruebas empíricas que ofrezca del material jurídico contenido en estatutos, ordenanzas, sentencias y práctica administrativa. ¿Cómo deberá llevarse a cabo ese análisis? ¿Cómo podemos elegir entre tan vasto material? ¿Cómo vamos a organizarlo? En respuesta a este problema metodológico, los escépticos pueden adoptar una actitud puramente formal, basada en una evaluación crítica de los límites de la comprensión humana, o pueden fijar su atención en el sentido común, la *communis opinio doctorum* y conceptos similares. Estas variaciones del sentido común, como el formalismo en sí, ocultan el problema filosófico en vez de resolverlo, pues la cuestión es precisamente esta: ¿de donde provienen las normas que rigen la evaluación del hombre de la calle, cuyo sentido común se proclama? Su origen puede ser religioso, filosófico o cultural. Es de presumir que este punto de vista sea o demasiado ingenuo o hiper-crítico. Este último es el único que nos interesa. El escepticismo es resultado de una multiplicidad de sistemas y de una gran cuadal de educación filosófica. Tal fue la situación en la antigüedad clásica, y tal ha sido la situación en épocas recientes. Si este escepticismo positivo lleva a trabajos científicos y al análisis del material jurídico positivo, puede combinarse con logros eruditos de primer orden. Es solo cuando llega hasta el conocimiento como tal que se vuelve hostil a la labor científica en sentido general. El relativismo es una sutil variante del escepticismo y ha sido expuesto de manera impresionante por Gustav Radbruch (1878-1949), uno de

los modernos filósofos del derecho. En su filosofía del derecho muestra con claridad que el relativismo se originó en el neokantianismo. La posición decisiva es la del concepto escéptico relativo al descubrimiento de la verdad. Para relacionar concretamente esta posición con el derecho, se afirma que no es posible descubrir juicios absolutos acerca del derecho, es decir, que no pueden demostrarse. Como la mayoría de los neokantianos, Radbruch desarrolla este punto de vista basándose en la estricta separación del terreno existencial y el normativo, del "es" y el "debe" (Sein y Sollen). "La filosofía de Kant nos ha demostrado la imposibilidad de deducir, de aquello que es, lo que tiene valor, lo que es justo, lo que debería ser". Nada es justo por el simple hecho de ser o haber sido –ni tampoco porque vaya a ser. Pero la exactitud de la segunda de estas afirmaciones no prueba la exactitud de la que la predece. Ciertamente nada hay valioso por el simple hecho de ser, pero, a pesar de ello, siempre se puede deducir algo acerca de su valor o falta de él, en determinada cosa o acción, de lo que es y de lo que no es. Lo real es muy pertinente para la esfera de los valores, y no solo porque los valores determinan las acciones, ni tampoco porque sus consecuencias pueden ser distintas de lo que se esperaba. Esa pertinencia, que puede demostrarse en muchos aspectos, es en realidad el resultado de la polifacética calidad del mundo de los valores y de los problemas conectados con su orden interno, es decir, con lo que suele llamarse la jerarquía de los valores. La convicción de que los valores son totalmente autónomos induce a Radbruch a la convicción, paralela de la primera, de que no pueden demostrarse. Los valores primarios nacen del terreno metarracional de la voluntad humana. Dice Radbruch que podemos aclarar nuestro pensamiento acerca de ellos, que podemos comprender sus consecuencias, pero que no podemos demostrarlos a otra persona por medio de un argumento racional. Y, puesto que toda ley depende, en último análisis, de un tal concepto de los valores ya que está determinada por la idea de justicia, norte del derecho, la filosofía del derecho podrá apenas tratar de descubrir estos diversos valores y escalas de valores y señalarlos con mayor claridad; pero no puede resolver la contradicción existente entre los distintos valores. Ello significa, con referencia a la época actual, que las posiciones de los distintos partidos son relativas: "Por lo mismo, puesto que la filosofía del derecho es, por una parte, el reflejo intelectual de la lucha de los partidos políticos, esta lucha de partidos adquiere los caracteres de un grandioso debate acerca de la filosofía del derecho". Dicho de otra forma: puesto que las proposiciones relativas al deber son discutibles y demostrables tan solo con referencia a otras proposiciones concernientes al deber, las proposiciones fundamentales acerca del deber pueden "confesarse", pero no pueden "conocerse científicamente" ¿Qué sucede, pues, cuando el deber, tal como se ha formulado, se encuentra con hechos que no fueron anticipados? ¿No es esta, precisamente, la experiencia del socialismo, en nuestra época? ¿Es acaso imposible comunicar a otras personas la naturaleza y significación de esta experiencia?

Radbruch llama "método" a la posición por él representada, y dice que se propone "meramente afirmar la corrección de cierto juicio de los valores, en relación con determinado juicio superior de los valores, es decir, únicamente dentro del marco de cierto concepto general de los valores y del mundo, pero que no se propone afirmar la rectitud de este criterio de los valores, es decir, de este concepto general de los valores y del mundo. "Si la filosofía del derecho no desea detenerse ante la preferencia arbitraria de un sistema determinado, no le queda otra opción que desarrollar un sistema de sistemas, sin adoptar posición alguna entre ellos". Pero por valioso que sea este reconocimiento de la multiplicidad de facetas del mundo de los valores y la influencia cultural que los condiciona, quien ande en busca de la verdad y la justicia no se sentirá dispuesto a darse por satisfecho. Se preguntará cual es el elemento común a todos estos sistemas de valores, puesto que todos ellos son fruto de la voluntad del hombre. Así podemos preguntar con Stammler cual es el significado constante y probablemente, idéntico, de la ley justa. Ciertamente, se puede seguir un método empírico y comparativo al tratar de contestar esta pregunta, o bien se puede tratar de sacar inferencias mediante el análisis psicológico de la naturaleza humana; se puede deducir de la esencia de la ratio, siguiendo consideraciones formales; o se puede hacer una combinación de estas distintas maneras. Pero no existe ninguna razón especial para negar que alguna de ellas puede conducir a una convicción racional.

Radbruch emprendió la tarea de analizar el orden de estos comprensivos sistemas de valores. Hay entre ellos uno de particular importancia: aquel que diferencia los distintos grupos de valores, según que den preferencia a los valores individuales, a los valores colectivos o a los valores creadores (Werkwerte). Así pues, considera que existe tres posiciones: la individualista, la transindividualista y la transpersonal. (Otros relativistas, Jellinek, por ejemplo, establecen un contraste entre individualismo y universalismo). En una fórmula abreviada, nos dice Radbruch que podríamos exponerlo de esta manera: para la posición individualista, la libertad es el fin último; para la transindividualista, la nación; para la transpersonal, la cultura. Radbruch recomienda que se reconozca el paralelismo existente entre esta trilogía y la trilogía sociedad, colectividad y comunidad. Desde el punto de vista de la filosofía jurídica, estas sistematizaciones son útiles como punto de partida, pero nos fallan precisamente cuando empieza la tarea de la filosofía (aun si esa base racional no puede demostrarse de manera concluyente). Porque, como apunté al principio de este estudio, toda filosofía del derecho esta orientada hacia determinada visión

filosófica general que la comprende. La visión filosófica general implícita en el relativismo es, como ya dije, el escepticismo, y el escepticismo es, sin lugar a duda, la posición filosófica más difícil de defender. Brilla en las críticas a otros, pero no puede defender efectivamente su propia posición, pues habiendo despertado dudas generales acerca de toda posibilidad de conocimiento y comprensión, queda expuesta a esas mismas dudas. Sobre estas bases filosóficas descansa la importante crítica que Arnold Brecht hace de la filosofía relativista del derecho. Brecht parte del punto de vista de que el valor de la justicia consiste en determinar toda ley, enunciado al que el mismo Radbruch da importancia capital en sus reflexiones, siguiendo claramente el neokantianismo. Para él, "la ley es la realidad que tiene el significado de servir al valor, a la idea del derecho". Mas adelante, dice: "La idea del derecho no puede ser otra que la justicia". En una exposición decididamente idealista, se da a la justicia un valor absoluto, al lado de la verdad y la belleza. Esta posición central de la justicia es también resultado de otra definición del derecho como "la suma de los arreglos generales para la coexistencia humana". Pero en tanto que Radbruch explica todo lo que puede decirse acerca de la justicia, además de estas afirmaciones tan generales, como algo relativo a la forma adoptada por la actual o presunta coexistencia humana, Brecht demuestra que la idea de justicia tiene implícitos ciertos requisitos de carácter muy general, a los que llama postulados. Estos postulados son, en las palabras de Brecht: Primero, la verdad. En sentido objetivo, la justicia exige la concordancia con la verdad; en sentido subjetivo, exige concordancia con lo que se cree que es verdadero... Segundo, generalidad del sistema de valores que se aplique. Es injusto elegir, arbitrariamente, un sistema de valores para cada caso que se juzgue. Tercero, tratar como igual aquello que es igual, de acuerdo con el sistema aceptado. Es injusto establecer preferencias arbitrarias entre casos iguales ("arbitrario" significa contradicción con el sistema aceptado). Cuarto, no debe restringirse la libertad más allá de lo exigido por el sistema aceptado. Es injusta la restricción arbitraria de la libertad (también en este caso, "arbitrario" significa contradicción con el sistema aceptado). Quinto, respetar las necesidades de la naturaleza en el sentido más estricto. Es injusto infligir castigos por el incumplimiento de una ley u orden cuyo cumplimiento sea imposible. Basta un solo postulado de Brecht para rechazar el relativismo, en cuanto se le considere demostrable, en principio. A mi modo de ver, tanto el primero como el último de sus postulados pueden demostrarse. Brecht mismo se conforma con hacer indicaciones generales acerca del sentimiento hacia lo que es justo o recto. (Rechtsgefühl) y acerca del sentido común, según el cual no puede ser justo lo que se base en la mentira. Un fallo judicial se considera injusto cuando se basa en hechos que en realidad son falsos. Asimismo, se condenará por injusto un estatuto cuando no corresponda a hechos susceptibles de ser demostrados, etc. Podríamos demostrar la tesis de Brecht mediante una comparación de los distintos sistemas jurídicos. En mi opinión, no existe un sistema jurídico que afirme que es justo algo que en realidad es falso, en la inteligencia de que quienes están sujetos y dan su apoyo a dicho sistema comprenden que es lo falso. Su posición puede también demostrarse de manera formal mediante la consideración del significado de la justicia que atribuye iguales cosas a los iguales, pues el concepto de igualdad presupone que aquello que se asevera que es igual es realmente igual.

Debemos contentarnos con estas insinuaciones. Nos demuestran que lo que aquí está involucrado no es tanto la verdad como la sinceridad, considerada esta no como una cualidad o virtud personal, sino en el sentido del reconocimiento de que ciertos significados se corresponden entre sí. Ahora bien, si es posible afirmar un significado tan "absoluto" de la justicia, es decir, un significado que no es derivado y, por tanto, no es relativo, se abre una brecha en la muralla del relativismo, pues ahora podemos seguir adelante y preguntar de qué manera podemos alcanzar la verdad, ya que tiene tanta importancia. Así, la ley se someterá a aquellas realidades sociales que son pertinentes a ella. Es esta la posición que con gran firmeza rechaza la "teoría pura del derecho", tal como la expone Hans Kelsen. Por muchos conceptos, esta teoría pura del derecho es la doctrina más firme entre las que desenvuelven las posiciones básicas involucradas en el escepticismo y en el positivismo. Pero, en vez de hacerlo en la forma de un relativismo filosófico, ha procurado encontrar, relacionando sistemáticamente el derecho con la realidad social, esa teoría pura del derecho que trata de resolver los problemas de las normas mediante la exclusión de toda realidad social. También Kelsen parte de la separación kantiana del *es* y el *debe*, si bien él la lleva a un extremo radical, de modo que, básicamente, se niega toda conexión entre estos dos mundos: el *del es* y el *del debe*, posición que va mucho más allá de la adoptada por el mismo Kant. Es de todos sabido que Kant, para terror de sus intérpretes puramente lógicos, resumió la tradición del derecho natural en su doctrina ética y jurídica. La verdad es que en cierto sentido fue él quien dio a esta posición su forma definitiva. El derecho como puente entre la ética y la política quedó, así, integrado en la total configuración del mundo. La teoría pura del derecho fue resultado de un esfuerzo "por articular una teoría normativa de conocimiento normativo, que fuera paralela a las teorías de conocimiento relativas a los fenómenos naturales de Kant. Semejante esfuerzo es totalmente contrario al concepto de Kant, que no deseaba sujetar las leyes de la libertad a la predestinación de las leyes de la naturaleza, pues aquí el derecho se expone como un mundo de cosas análogas a las que se encuentran en la naturaleza. Dicho mundo deberá ordenarse mediante el esfuerzo normológico de la ciencia legal, que así se unifica. En principio semejante empresa parece llena de sentido, puesto que Kant reemplazó el concepto ontológico de un objeto por el concepto de las relaciones, y el derecho es el reino de las relaciones. Pero en Kant este reino está sujeto al concepto de liberalidad como su principal hipótesis. Según Kant, es el concepto de libertad, y no el de norma, el que corresponde a la

hipótesis de causalidad que domina a la naturaleza. Por tanto, la norma es ya una transposición de esta hipótesis de libertad, en alguna clase de "realización" o "ejecución" (Verwirklichung). La radical separación del es y el debe, del campo normativo y el existencial, a la que corresponde la separación de la sustancia y la forma, produce la visión decididamente formal de la teoría pura del derecho que, por así decir, no desea contaminarse del sucio mundo concreto. Sin embargo, puesto que la teoría pura del derecho no solo es positivista, sino que extiende radicalmente la inclinación positivista hacia la neutralidad en cuanto a los valores, insiste estrictamente en que debe ocuparse, única y exclusivamente del orden legal positivo. En sus detalles reales, la ley se considera como un contenido, con respecto al cual la teoría del derecho desarrolla los conceptos esenciales de la ley (Rechtswesensbegriffe), de acuerdo con los cuales deberá arreglarse y ordenarse este contenido del derecho (Rechtshaltsbegriffe). Así, la teoría pura del derecho se convierte en la teoría de un derecho en potencia, dentro de la cual toda ley realmente existente se considera como "accidental". En consecuencia, cualquier representante de esta teoría podría decir que la teoría pura del derecho no es sino una parte de la lógica.

Como todo positivismo, la teoría pura del derecho se opone terminantemente a todo derecho natural. Para Kelsen, el derecho natural es el disfraz ideológico del orden legal existente, o el disfraz ideológico tras el cual se oculta su crítica. No está dispuesto a admitir el resto del derecho natural, puesto que contradice la unidad de la ciencia legal, dado que para algunos filósofos la unidad de método es el principal postulado de toda ciencia. Pero, aparte de criticar este enunciado, que estimo sumamente dudoso, cabría preguntar si el derecho natural no puede ser absorbido en esta unidad ¿Hay algo que nos impida tratar las normas que contiene junto con las normas del orden legal positivo como si formaran un todo? Kelsen no responde a esta pregunta de manera distinta que el resto de los positivistas; dice que la ley positiva de que se trate es la ley que la ciencia debe comprender; que dicha ley positiva consiste en normas coactivas, creadas por el "estado" y que, por tanto no puede reconocerse a un grupo de normas que esté en conflicto con las normas decididas por el estado. Si se pregunta en que se basa la validez de estas normas de la ley positiva. Kelsen y su escuela responden que se fundan en la norma básica (Grundnorm). Esta norma básica es una norma que establece que se debe a obedecer al parlamento, al monarca, etc. Queda por saber por que debe ser así. Esta pregunta decisiva permanece incontestada, de lo cual resulta que el estado o los que elaboraron la Grundnorm se convierte en un absoluto axiomático, con el resultado adicional de que se afirma que el valor de la paz es mayor que el de la justicia. A pesar de la importancia que se da a la paz, Kant nunca adoptó una posición semejante pues, aunque postuló una especie de norma básica, dejó que la misma descansara sobre una ley natural, es decir la demostró en términos de la ley de la naturaleza. Por el contrario, Kelsen habla de "contentarse" (Sich-Bescheiden). Este propio contentamiento se expresa a sí mismo en el supuesto puramente hipotético de esta norma básica. La importancia de la norma básica debe apreciarse por el hecho de que, por ella y en ella, se da la unidad del sistema de normas. La norma básica es, pues, "aquella norma la validez de la cual no puede derivarse de otra mayor". Y todo sistema de normas depende de su relación con una norma básica: "Todas las normas la validez de las cuales puede retrotraerse a una misma norma básica, forman un sistema de normas, o de orden."

No obstante, esta cuestión acerca de la validez de las normas no debe entenderse ni psicológica, ni sociológica ni políticamente, sino en sentido estrictamente normativo. Ante semejante enunciado, el problema de la validez no se resuelve, sino que se vuelve tautológico. Podemos apreciar aquí el peligro de dividir el mundo en dos mitades, la del es y la del debe. En realidad, se da por sentado que la norma básica es válida. Dentro del campo del orden constitucional, las consecuencias son muy singulares. "Si nos preguntamos porqué es válida la constitución, tal vez nos encontremos frente a una constitución mas antigua". Finalmente, llegaremos a una constitución que históricamente sea la primera, y que haya sido dictada por algún usurpador con alguna especie de asamblea. Aun la voluntad de semejante usurpador servirá de fundamento a una norma básica que en este caso dirá "Debes obedecer". Así, Kelsen llega a la conclusión de que la validez de esta primera constitución es la ultima de las suposiciones, el postulado final del cual depende "la validez de todas las normas de nuestro orden legal" por consiguiente, "se postula que uno debiera comportarse según lo ordenado por el individuo o los individuos que dictaron la primera constitución". Lo absurdo de esta posición nace del intento de Kelsen de ser, al mismo tiempo, positivista y normativista radical. El rechazo a tomar en consideración las realidades históricas, sociológicas y políticas cuando la validez de las normas este sometida a discusión equivale a la negación del problema filosófico cuando este rechazo se combina con la negativa a reconocer una base racional o de revelación como punto de partida. "La norma básica del orden legal prescribe que nos comportemos como lo ordenan los padres de la constitución, y los individuos por ésta autorizados". Semejante doctrina no satisface el deseo que siente el hombre de comprender el significado de la obligación legal. No llega a conocer las bases naturales de las normas que se le pide que obedezca, ni se le proporciona una firme convicción, o una fe. En vez de esto, encontramos el resignado reconocimiento de la fuerza bruta, y la aplicación de la fuerza. La mas sorprendente expresión de lo anterior, es la identificación que hace Kelsen del estado con el orden legal: "El estado, como persona jurídica, es la personificación de la comunidad (nacional) o del orden legal nacional que da forma a esta comunidad." Básicamente, no existe diferencia entre estado y ley: "La comunidad no consiste sino en el orden normativo que regula el comportamiento recíproco de los individuos". No como se comportan realmente los individuos, sino como deben comportarse: esto y no otra cosa, es

la comunidad. Aparte de los círculos viciosos de las tautologías contenidos en estos enunciados (¿cómo puede el estado personificar lo que el estado es?), es importante comprender claramente que esta facilidad, indiferente a todos los valores, para designar a todo poder de mando como "orden de normas" es decir, como algo valioso, puede tener significado en una época de paz, unificada en su juicio de valores, pero se vuelve dudosa en una época desgarrada por conflictos acerca de los valores. Kelsen mismo se libró de la indiferencia implícita en esta designación refiriendo todos estos problemas a la sociología y luego defendiendo los valores básicos de la democracia liberal como, por ejemplo, constituyendo el concepto sociológico del estado. No puede haber duda alguna, a la luz de nuestro análisis general, de que la teoría pura de la ley es una forma radical del pensamiento liberal sobre el derecho, como indica claramente su derivación de Kant.

Pero nuestro análisis revela también la debilidad de tal liberalismo cuando se enfrenta al reto fundamental del totalitarismo. Además del derecho natural y de las posiciones filosóficas que son afines a esta doctrina, Kelsen lucha con igual vehemencia contra la escuela sociológica de jurisprudencia representada en Alemania por Max Weber, Eugen Ehrlich y otros, y que ha tenido muchos adeptos, particularmente en los EEUU.-Ehrlich, jurista austriaco, fue uno de los primeros en destacar la importancia de salirse del sistema formal de derecho, especialmente en la forma representada por los códigos continentales, a fin de descubrir las reglas de conducta operantes que prevalecían en varios sectores de la sociedad. Lo que especialmente acentuaba era los procesos vivos reales, en comparación con los conceptos lógicos y las normas abstractas. Era el suyo un reto muy significativo que fue llevado adelante por cierto número de juristas en otros países; en los EEUU este criterio coincidía con un creciente reconocimiento de las realidades sociales en las decisiones judiciales y en los informes de los abogados ante los tribunales, sintetizado por el famoso alegato de Brandeis ante la Suprema Corte de los EEUU en 1908. El máximo teórico defensor de esta tendencia fue Roscoe Pound. Pero la exploración sistemática del medio sociológico dentro del cual ocurren los fenómenos jurídicos no se mantuvo como coto cerrado de los juristas únicamente. Max Weber sitúa el derecho dentro del contexto de la realidad social y política. Llama ley a una orden "si esta garantizada externamente por la posibilidad de coacción física o psíquica resultante de los actos de un grupo de personas especializadas, cuyos actos se dirigen a hacer cumplir el orden, o a castigar cualquier violación de la misma". Evidentemente, encontramos aquí, además de la aplicación de la fuerza –que es de igual importancia para la teoría pura del derecho- la acentuación del hecho relativo a la existencia del personal burocrático y a su comportamiento. Por tanto, la ley es un complejo de condiciones de hecho que determinan las verdaderas acciones humanas. Este punto de vista es muy semejante al de los escépticos y cínicos que han colaborado de manera destacada en la reciente filosofía norteamericana del derecho, o sea, los llamados realistas. Eran realistas no en el sentido filosófico del término, sino en sentido popular, un paso siguiente (Llewellyn) a la jurisprudencia sociológica. Mas propiamente, eran pragmatistas, pero su eclecticismo filosófico y su entusiasmo por lo nuevo los hizo hospitalarios al psicoanálisis así como a las tendencias que en los Estados Unidos tomaron el nombre de "behavioristic", o sea, basadas en el comportamiento. Además, eran predominantemente "cientificistas". Su debilidad como filósofos no les privo de hacer aportaciones muy importantes a la metodología legal. Liberaron la jurisprudencia norteamericana de muchas de las formulas obsoletas perpetuadas en el tradicionalismo y el formalismo, aplicando un análisis despiadadamente crítico a la verbosidad judicial y, al igual que la jurisprudencia sociológica, invitaron a los abogados a mirar mas allá de los estrechos confines de su profesión técnica hacia lo que estaban haciendo los científicos sociales en campos relacionados con los suyos. En sus obras, el derecho se identifica mas o menos con la actividad de los jueces o de los funcionarios gubernamentales y con sus sentencias y criterio. Esta escuela no reconoce mas que la realidad de los hechos y se desentiende por completo del contenido normativo de todo derecho. Asi pues, este punto de vista es precisamente lo contrario de la teoría pura del derecho, pero, como ésta lleva a destacar el poder como algo decisivo. Al llegar a este punto, encontramos la conexión entre la filosofía del derecho y la ciencia de la política. En conclusión, puede decirse que los positivistas, ya sean relativistas, puristas o realistas, representan un alejamiento de la filosofía del derecho como tal. En su lugar, encontramos la pronta aceptación del poder como creador real de normas; en cuanto al poder y su actividad, la filosofía nada tiene que decir, pues "la ciencia esta libre de valores". Se me permitirá, entonces, cerrar este tema con una frase de Kelsen, en la cual describe, lo que puede esperarse de quien se ha liberado de todo concepto metafísico. No encuentra detrás de la ley positiva la verdad absoluta de una metafísica, ni la absoluta justicia del derecho natural. "Quien levanta el velo y no cierra los ojos, encuentra la cabeza de la Gorgona del poder". **Es esto precisamente, lo que hemos experimentado.-**

3. Bibliografía

La filosofía del derecho por Carl Joachim Friedrich.- Primera edición en español, 1964

Trabajo enviado por: Glanolet@ciudad.com.ar

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 gusta la respuesta que a continuación citare: "EL TEMA QUE SE VIENE TRATANDO ES INTERESANTISIMO, 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.

Aprovechando la oportunidad para desearles una Feliz Navidad y un próspero año nuevo, paso a referirme a la comunicación del colega Néstor Raúl Heit. En relación al término deontología, quisiera sugerirle un texto a nuestro parecer clásico "Los mandamientos del Abogado", de Eduardo J. Couture (Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1990, 11 edición). Es posible que la carencia de sitios cibernéticos con contenido deontológicos, se deba al ya prolongado divorcio que existe entre tecnología y ciencia moral, pero esto no conlleva a que los valores que informan el derecho hayan perdido validez en nuestro tiempo. Otro texto sugerido es "Sobre el concepto del deber jurídico", de Generao R Carrió (Abeledo-Perriot, 1966, Buenos Aires), donde conjuga distintas visiones del deber, primordialmente desde la Ciencia del Derecho

A propósito de la interrogante formulada por un distinguido colistero "¿qué es lo esencialmente jurídico?". La deontología responde a esta pregunta: Es la justicia "...el destino normal del derecho" (Couturé), el valor supremo que le confiere todo su sentido. Sin justicia no hay profesión del derecho, no hay deontología jurídica; sólo un quehacer ambiguo, dotado de sofistería.

Por mi parte me pregunto, ante la posibilidad verídica de que nazca un niño del proceso denominado clonación, según noticia proveniente de Italia: ¿Es este procedimiento objeto de estudio de la filosofía del derecho, o más bien de la bioética? ¿Será ese nuevo ser humano sujeto de una nueva categoría de derechos o más bien de una reinterpretación de la naturaleza inalienable, inherente que el derecho natural convencionalmente atribuye a la criatura humana?.

Atentamente,

Rafael López Murcia

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 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.

>From: "IRAN VAZQUEZ HERNANDEZ" <iran_vazquez@hotmail.com>

>Reply-To: filosofoiyderecho@eListas.net

>To: filosofoiyderecho@eListas.net

>Subject: [Filosofia_y_Derecho] TESIS HILETICA Y EXPRESIVA DE LAS NORMAS

>Date: Sat, 21 Dec 2002 03:17:03 +0000

>

>

> HOLA NUEVAMENTE SALUDANDOLOS DESDE OAXACA MEXICO SU AMIGO IRAN. HAY

>DOS POSTURAS ACERCA DE LA EXISTENCIA DE LAS NORMAS JURIDICAS. LA TESIS

>HILETICA Y LA TESIS EXPRESIVA DE LAS NORMAS. LA PRIMERA SOSTIENE QUE

>LAS NORMAS SON HECHOS INDEPENDIENTES DE LOS ACTOS DEL LENGUAJE.

NEWTON

>AL DECIR QUE EXISTIA LA GRAVEDAD DESCRIBIA LA LEY DE LA GRAVEDAD, PERO

>ESTA LEY EXISTIA AUN DESDE ANTES DE QUE NEWTON LA EXPRESARA (A TRAVES

>DEL LENGUAJE) DE IGUAL MANERA LAS NORMAS NO DEPENDEN DEL LENGUAJE, HAY

- >NORMAS QUE NO HAN SIDO LEGISLADAS.
- > LA TESIS EXPRESIVA DE LAS NORMAS POR EL CONTRARIO SOSTIENE QUE SOLO
- >LAS
- >NORMAS PUEDEN SER ACTOS DEL LENGUAJE, ESPECIFICAMENTE POR EL LENGUAJE
- >NORMATIVO. LA PROBLEMÁTICA ES SABER CUANDO UNA NORMA ES EXISTENTE O NO LO
- >ES. DESDE EL PUNTO DE VISTA HILETICO LA NORMA QUE ENTRA EN VIGOR Y
- >CONTRADICE UNA NORMA PROVOCA LO QUE SE LE HA LLAMADO "ANTINOMIA" Y HABRIA
- >QUE DECIDIR CUAL DE LAS DOS ES VALIDA Y EN CONSECUENCIA EXISTE, APLICANDO
- >EL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN UTILIZADO EN LA LÓGICA SOLO UNA DE ELLAS ES
- >VALIDA CON EXCUSIÓN DE LA OTRA.LOGICAMENTE DESDE LA CONCEPCIÓN HILETICA UNA
- >ES INVALIDA Y LA OTRA NO. LA TESIS EXPRESIVA SOSTIENE QUE LA QUE RESULTE
- >VALIDA(LEY DEL TERCERO EXCLUIDO) DEBE SER DECLARADA IVALIDA MEDIANTE UN
- >ACTO DEL LENGUAJE Y NO POR ACTO DE MAGIA. ESTA TESIS PARECE SER MAS
- >COHERENTE Y ES A LA QUE SE ADIERE EL ÚLTIMO KELSEN (PARA DISTINGUIR AL
- >ÚLTIMO KELSEN Y EL PRIMER KELSEN CONSULTAR A RICARDO GUASTINI EN
- >DISTINGUIENDO ESTUDIOS DE TEORÍA Y METATEORÍA DEL DERECHO). EN MÉXICO NO
- >EXISTE LA NULIDAD DE PLENO DERECHO O AB INITIO DE LAS LEYES
- >INCOSTITUCIONALES, TIENE QUE SER DECLARADA A TRAVÉS DE UN ACTO DEL LENGUAJE
- >(ESTO MEDIANTE UNA SENTENCIA JUDICIAL EN UN JUICIO DE INCOSTITUCIONALIDAD)
- >POR LO QUE SE CONCLUYE QUE MÉXICO RECOGIO LA TESIS EXPRESIVA DE LAS NORMAS.
- >¿TU PAÍS QUE TESIS TIENE?

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.

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.

Mis saludos desde Chile y les felicito por ejercitar el intelecto, porque, en estos días, a todos nos hace falta.

PAUL PHILIPPE SOTIER

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

O giro decisionista de Kelsen ocorre já em Harvard e é demarcado como tendo ocorrido definitivamente em 1960, quando da publicação da segunda edição da "Teoria Pura". Como explica Paulson, o vienense assim o faz em benefício, a seu ver, da preservação e aprofundamento dos postulados básicos de sua teoria jurídica. A impossibilidade de se fechar o leque interpretativo e de se limitar completamente a discricionariedade da autoridade é reconhecida por Kelsen nesta fase. O pensamento kelseniano é daqueles que lemos e achamos lindo. Quando vamos aplicá-lo percebemos suas limitações óbvias, eis que a realidade social, na qual se assenta o direito, se mostra indiscutivelmente mais ampla, complexa e profunda que a pretensa pureza científico-jurídica.

A Norma Fundamental, como bem define Luhmann, nada mais é que o ponto cego da teoria kelseniana. Ela precisou ser inventada para dar consistência à teoria pura. Ou seja, a teoria pura normativista se funda em um pressuposto ideal. A pretensão de segurança da teoria pura gera, em verdade, mais insegurança, tanto quanto a pretensão de racionalidade kantiana, sobre a qual se ergueu a maior parte do pensamento ocidental, trouxe consigo o risco da barbarie, como Adorno e Horkheimer tão bem expõem na "Dialética do Esclarecimento". Caro Daniel, se você realmente quer avançar no direito e na filosofia, não se fixe no "conto" kelseniano. Leia Kelsen, mas leia também, por exemplo, Walzer e Mc Intyre; Wittgenstein; Dworkin e Habermas; Lei Rawls, Bobbio, Ross, Holmes, Canaris, Menezes Cordeiro ou Müller. Leia Miguel Reale, Carlos Cosío e Recasén Siches. Leia Kantorowicz. Leia Gramsci, Pachukanis, Adorno e Merleau-Ponty. Leia Kant, mas não se esqueça de Hegel, Marx ou Savigny. Os clássicos, Enfim, leia tudo e forme o seu próprio pensamento.

O legado do formalismo normativista do século XX tem sido não a tal segurança jurídica, mas o uso do direito para justificação das mais profundas injustiças. E o direito deve servir para algo mais que isso. Um abraço fraterno

Wladimir

----- Mensagem original -----

De: Daniel Gustavo Gorra [SMTP:danygorra@hotmail.com]

Enviada em: segunda-feira, 30 de dezembro de 2002 12:41

Para: filosofiayderecho@eListas.net

Assunto: [Filosofia_y_Derecho] Kelsen y la N.H.F.

Antes que anda, los sigo felicitando por las ricas opiniones vertidas a través de la red acerca del derecho y la moral; pero me ha llamado la atención aquellos que han tratado sobre el Maestro vienés Hans Kelsen. Primero debo reconocer que no tenía conocimiento de que el propio Kelsen había admitido el fracaso de su sistema; no se si fracasa es el término correcto, de todas manera me gustaría que me mandaren información o datos sobre esa declaraciones del propio Kelsen. Con respecto al tema acerca de la Norma Hipotética Fundamental (N.H.F.), si bien carece de contenido de una acción volitiva, ella

representa un acto de naturaleza política del cual luego va a derivar la primera constitución y sucesivamente las distintas normas de distinta jerarquía. La ciencia del derecho debe tener un principio como todas las cosas; sería un absurdo remontarnos hacia atrás en una infinidad de constituciones o normas madres. Así como la corriente de un río fluye de una montaña o vertiente, la ciencia del derecho surge de la necesidad humana de poder regular la vida social implícita en la naturaleza misma del hombre; de allí surge la idea de crear un sistema normativo capaz de regular las conductas humanas que interactúan entre sí; en consecuencia se dictan las constituciones. Hay dos pasos: la N.H.F, idea regulativa (diría Kant) que surge del razonamiento en búsqueda del bien común; y luego la Constitución por el cual se va a materializar y efectivizar la N.H.F. y que constituye la fuente de validez de todo ordenamiento jurídico. La pirámide Kelseniana y el sistema positivista pueden sonar un tanto formalista, pero nos puede brindar la seguridad y respeto por la ley en vez de tratar de solucionar o buscar la seguridad jurídica en ideas metafísicas o abstractas que constituyen paliativos engañosos en la búsqueda de una justicia absoluta. Daniel Gorra (estudiante de derecho)