

*UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
Depto. De Ciencias del Derecho.*

Memoria para optar al grado de licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales:

*“ANÁLISIS APOSITIVO DE LA TEORÍA GENERAL DE LA CIENCIA Y DE
LA CIENCIA DEL DERECHO EN PARTICULAR”*

Memorista: NEFTALÍ JAIME MEDINA NUÑEZ

Profesor Guía: CARLOS RUIZ SCHNEIDER.

OCTUBRE DEL 2001..

INDICE

UNIDAD PRIMERA.....	1
PUNTO A: El punto de partida.	1
El Primer punto: La Historia.....	2
Aristóteles.....	2
Importancia del problema de la Inducción.....	6
Continuación a la Cuestión Histórica: El racionalismo moderno.....	8
Siguiendo con la cuestión Histórica: El Empirismo.....	13
PUNTO B: La Idea de Ciencia en General en nuestro tiempo. Análisis Del concepto desde H. Richert y Mario Bunge.....	19
La necesidad de la existencia de una ciencia no natural:.....	20
La existencia de la Ciencia Cultural y su significación para el Derecho.....	24
El planteamiento de Bunge.....	26
La ciencia como procedimiento.....	27
El Método Experimental y el Teórico.....	29
Principios de toda ciencia.....	30
La ciencia del Derecho y los desafíos antes expuestos.....	32
UNIDAD SEGUNDA: A: El Positivismo Lógico.....	34
Descripción del Positivismo.....	35
Procedimiento del Positivismo.....	38
La Cuestión del Lenguaje.....	43
B: El Concepto Kelseniano de Ciencia del Derecho y la Coherencia Positivista.....	46
Derecho y Ciencia.....	53

El primera punto: la Imputabilidad.....	53
El segundo punto: La Autoproducción del Derecho.....	61
El tercer punto: El monopolio sobre la Fuerza.....	63
El cuarto punto: Si la Ciencia del Derecho es distinguible de la Ética como estudio de la Moral.....	66
Estática y Dinámica Jurídicas.....	72
Estática Jurídica.....	73
Alcances respecto de la Estática Jurídica.....	80
La Dinámica Jurídica: La cuestión de la norma fundante.....	82
Consecuencias de la Teoría de la norma fundante.....	85
Apartado Final: El Derecho y el Estado.....	90
Resultado final de la Investigación.....	92
Los desafíos del Derecho.....	96

.....

INTRODUCCIÓN

Las introducciones son enunciativas, es decir, indican el tema del cual se va a hablar, limitativas, esto es, encuadran el asunto, le dan su marco teórico o fundamentativas, osea, dan las razones por las cuales se trata de uno u otro tema. En los tres casos ellas deben sugerir el tema, atraer al posible lector. En el caso de este trabajo no se pretende hacer publicidad sino señalar en ciertos puntos las cuestiones más importantes que vamos a tratar y que no suponen un lector común, que no parten desde un principio periodístico y cuyo aporte básico es ser un investigación lo más atenta posible a lo que los resultados van sugiriendo, teniendo preconcebidos solamente las líneas generales de los autores a tratar pero no los resultados. Por ende, el lector encontrará un hilo conductor de tipo constructivo y esperamos, una oportunidad para pensar los problemas que vamos dejando expuestos, contestándolos si es posible o sólo sugiriendo la respuesta si tal cosa no puede hacerse.

1.- Cuando hablamos de Ciencia hablamos de racionalidad, del caso más preclaro de lo que debe entenderse por explicación racional, por lo que partimos exponiendo de qué hablamos cuando decimos Razón. Tal planteamiento se va construyendo a partir de determinados autores que le han dado a la Idea de explicación Racional condiciones o requisitos exigibles de cualquier ciencia o disciplina explicativa humana: Así, con Aristóteles tenemos un análisis de las operaciones mentales más básicas que nos permiten pensar coherentemente y que nos permiten expresar dicho pensamiento de tal forma que pueda ser entendido y discutido por el otro, se trata del análisis de los Juicios. Pero los juicios establecen reglas de coherencia lógica, aplicable a cualquier pensamiento no importando el referente cognoscitivo que es exigencia de cualquier pensamiento que diga pretenderse constituir un conocimiento. De tal forma, además de necesitar reglas claras para pensar se necesitan condiciones claras del conocer. Tales condiciones son vistas como requisitos de una certeza subjetiva según Renato Descartes y, en oposición a él, como condiciones de la experiencia, según el empirismo. Ambas Tendencias, Racionalistas y empiristas vienen a aportar importantes requisitos para que podamos hablar de ciencia, por una lado la demostratividad y por otro lado el requisito de atenernos a los hechos, la prueba. De tal modo el Derecho se va formando al tenor de requisitos de la disciplina científica que también se van formando y que exigen el cumplimiento progresivo de principios, los cuales hacen que pueda llegar a identificarse al derecho, o a la ciencia del derecho como disciplina científica dadas las características que presenta.

2.- Expuestas las condiciones que se requieren para que una disciplina sea ciencia tenemos que especializar el estudio a una manera específica de entender al derecho y de describirlo científicamente: El Positivismo Jurídico. Dicho movimiento pertenece a una concepción mayor llamado “El Positivismo Lógico del Circulo de Viena” el cual al ser descrito en forma general mostrará la manera en que él entiende el conocimiento, por qué la filosofía de la ciencia es una lógica de la ciencia, por qué despejar los problemas lingüísticos es un requisito sine qua non de la lógica de las ciencias, por qué hay ciertos requisitos generales que tiene que cumplir toda disciplina que pretenda ser ciencia y cómo éstos requisitos están incorporados en el estudio del Derecho, por qué sólo debemos atenernos a los hechos para que digamos que estamos haciendo ciencia y cómo entonces debe distinguirse entre una teoría científica y una metafísica.

3.- Surge a partir de la exposición del Positivismo la doctrina de la Teoría Pura del Derecho la cual es estudiada en si misma y en relación a la teoría general de la ciencia expuesta por los autores antes mencionados, como Teoría autónoma tiene como objetivo la búsqueda de ciertas respuestas; ser una teoría acerca del Derecho Positivo, se plantea además como una teoría de carácter general, no como una teoría acerca de un derecho en especial, además busca distinguir con claridad su objeto y atenerse a aquello que se puede describir de las instituciones jurídicas. En relación con la Teoría general de la ciencia se estudia la estructura lógica básica, el principio de la imputabilidad, el concepto de deber y la coerción como elemento constitutivo de la definición del derecho. En cuanto al intento por distinguir su objeto busca la Teoría Pura determinar cuál es el elemento definitivamente distintivo que hace que la ciencia del Derecho y las demás ciencias tengan una diferencia ostensible; al respecto, es necesario hacer un estudio acerca de la Fuerza, de los requisitos del uso de la misma y de por qué es necesario que el control sobre ella sea monopólico; de tal forma, en la relación entre Derecho y Ciencia se plantean ciertos problemas: Si el principio de Imputabilidad es o no exclusivo del Derecho, qué significa que el Derecho se autoproduzca, por qué un monopolio sobre la fuerza y cuál es el sentido que tiene el distinguir a la Ética como estudio de la Moral de la Ciencia del Derecho como estudio del derecho.

4.- Como resultado de lo antes expuesto nos encontramos con la descripción propiamente tal del fenómeno jurídico el cual se plantea en Kelsen en los dos estadios del Pensamiento Positivista: La Estática y La Dinámica Jurídicas; con respecto a la primera fase estudiaremos la concepción Positivista de los actos ilícitos, la Responsabilidad, los derechos subjetivos, su planteamiento acerca de la naturaleza explicativa de los derechos personales y reales, el problema de la necesidad o innecesidad de la libertad en la descripción del Derecho, la capacidad jurídica, el concepto de Órgano, su importancia y Requisitos y por último la teoría de la Representación. Por su parte con respecto a la Dinámica Jurídica veremos el elemento determinante de la formación del Derecho llamado Principio Fundante o Norma Fundante, su importancia, sus requisitos, sus consecuencias y los problemas que suscita, todo ello, desde una perspectiva epistemológica y comparativa, pero sin olvidar lo que ha movido el estudio, es decir, el establecer si es o no posible llevar a cabo la empresa de dar una descripción científica del Derecho, lo que dejaremos como problemática en parte resuelta al final. Junto con ello invitamos al lector a que tome parte en una suerte de debate sugerido a partir de los problemas planteados pues al final lo que importa es lo que nos depara el estudio del Derecho y lo que para él resulta un desafío que lo mantendrá existente o en un entredicho constante de perderse siempre.

Bibliografía.

- 1.- Aristóteles : “Tratados de Lógica”. El Organon; 2 volúmenes. Ed. Gredos, España, ver “Los últimos analíticos”.
- 2.- Adorno Theodor: “La lógica de las Ciencias Sociales” Obra de Ponencias escrita junto a Karl Popper, Ralf Dahrendorf y Jürgen Habermas . Ed. Grijalbo S. A. . México . D. F. 1978.
- 3.- Adorno Theodor: “Sobre la meta crítica de la Teoría del conocimiento”. Ed Taurus, Madrid, 1978.
- 4.- Bobbio Norberto: “Contribución a la Teoría del Derecho”. Ed. Debate. Madrid 1990.
- 5.- Bunge Mario: “La Investigación Científica”. Ed. Siglo XX, Buenos Aires 1986.
6. Bunge Mario: “La Ciencia, su método y su filosofía”. Ed. Siglo XX. Buenos Aires, 1992.
- 7.- Bunge Mario: “La causalidad: El principio de la causalidad en la ciencia moderna”. Ed Eudeba, B. A. 1965.
- 8.- Cohen Morris y Nagel Ernest: “Introducción a la Lógica y al Método Científico”. Ed. Amorrortu. B. A. 1971.
- 9.- Cossio Carlos: “La teoría Ecológica del Derecho y el concepto Jurídico de Libertad”. Editorial Losada, S.A. Buenos Aires. 1944.
- 10.- Descartes Rene: “Las Meditaciones Metafísicas” Ed. Alfaguara 1977.
- 11.- Descartes Rene: “Reglas para la Dirección del Espíritu” UNAM. 1959.
- 11.- Feyerabend Paul: “Tratado contra el Método”. Ed. Tecnos. Madrid 1992.
- 12.- Hart H. L. A : “The Concept Of Law”. University of Oxford. At the Clarendon Press, 1961. (No encontré traducción al castellano para éste texto)
- 13.- Hume David: “Ensayo acerca del Entendimiento Humano”. Alianza Editorial 1990.
- 14.- Kelsen Hans: “ La Teoría Pura del Derecho”. Décima edición, 1998. Ed. Porrúa, México. Traducción de Roberto J. Vernengo.
- 15.- Kuhn Thomas: “ La estructura de las Revoluciones Científicas”. Breviarios del Fondo de Cultura Económica. 1992. México.
- 16.- Kuhn Thomas: “Qué son las Revoluciones Científicas” Breviarios del Fondo de Cultura Económica. 1993. México.-
- 17.- Kuhn Thomas: “La Tensión Esencial” . Breviarios del Fondo de Cultura Económica. México 1992.

- 18.- Lakatos Imre: “ Historia de la Ciencia y de sus reconstrucciones Racionales” Ed. Tecnos, Madrid 1984
- 19.- Korn F. : “ Conceptos Y Variables en la Investigación Social”. Ed. Nueva Visión, 1971.
- 20.- Kraft Victor: “ El Círculo de Viena” Ed. Taurus, Madrid 1977.
- 21.- Popper Karl: “Die Offene Gesellschaft und ihre Feinde”. Bern 1958. (Hay una traducción al castellano con el nombre de La sociedad abierta y sus enemigos” Ed Piados. B. A. 1957.
- 22.- Popper Karl: “La Lógica de la Investigación Científica”. Ed. Tecnos, Madrid 1962.
- 23.- Rickert H. : “ Ciencia Cultural y Natural”. Biblioteca de Ideas del Siglo XX. Calpe, Madrid 1922.

.....

UNIDAD PRIMERA. ACERCA DE LA TEORIA GENERAL DE LA CIENCIA.

El objeto de la tesis en que trabajaremos en lo consecutivo se asienta sobre la base de la observación del Derecho como fenómeno Científico, y, por consiguiente, no podemos sino partir estableciendo qué sea aquello a lo que llamamos Ciencia, si existe una unidad sistemática general acerca del concepto de ciencia y por ende si el Derecho comparte con la Ciencia en general características en común teniendo, sin embargo, un objeto de estudio propio y un ámbito de acción específico de tal forma que comparta requisitos esenciales a toda ciencia y tenga, empero, particularidades que lo hacen irreductible a otros campos del conocimiento humano. Por ello hemos de comenzar nuestro estudio constituyendo un marco teórico que limite a ciertos principios el quehacer de éste trabajo, de tal manera que tanto el expositor como el posible lector tengan un referente común que de no existir condicionaría a éste trabajo a la mera exposición de puntos de vista divergentes pero sin que pueda mostrar un hilo conductor coherente de que se debe preciar cualquier trabajo que pretenda tener la categoría de Científico en tanto es requisito de cualquier trabajo serio la exigencia de la Rigurosidad.

La exigencia antes expuesta la cumpliremos en la partida ateniéndonos a esforzarnos al máximo por exponer los conceptos acerca del quehacer científico y las condiciones del mismo expuestas por los autores a quienes vamos a investigar y entregando posteriormente las disyuntivas que emanan de sus propuestas junto con las complementaciones que es posible observar en ellos. De ésta manera el primer autor que exponemos será al Profesor Mario Bunge dado el carácter genérico con que expone al concepto de Ciencia, sus principios y metodología que encontramos en su texto “LA CIENCIA, SU MÉTODO Y SU FILOSOFÍA”.

No parte el profesor Bunge definiendo lo que es la ciencia sino que establece primero las condiciones que cualquier disciplina debe cumplir para que podamos decir que la misma está dentro de los parámetros de lo que llamamos Ciencia.

EL PUNTO DE PARTIDA.

El punto de partida no puede sino estar encabezado por dos elementos primordiales que no debe olvidar quien se preocupe por investigar la Ciencia y que dicen relación con:

- a.- El carácter Histórico en que se desenvuelve aquello que llamamos ciencia: En éste sentido lo que queremos mostrar es que los requisitos de la Ciencia (Como la transparencia por ejemplo) no se dan todos y de una sola vez sino que van siendo aportados por las diferentes corrientes de pensamiento filosóficas que se desarrollan desde la antigüedad y hasta nuestros días (Racionalismo Aristotélico, Racionalismo Cartesiano, El criticismo Kantiano, el Empirismo Ingles, el Positivismo decimonónico y el Positivismo Lógico de nuestro siglo, el Historicismo y Anarquismo epistemológicos de reciente data por ejemplo)
- b.- El carácter de ser la ciencia una actividad Racional, es decir, una actividad que se asienta sobre principios (por ejemplo el de no-contradicción) que condicionan los Juicios en cualquier disciplina en que nos encontremos.

EL PRIMER PUNTO: LA HISTORIA.

Si leemos cualquier manual de Lógica, y entre los excelentes expositores de ésta disciplina no podemos sino mencionar al profesor Irving Copi y al profesor Chileno Juan Rivano, nos encontraremos de inmediato con Aristóteles, de quien se dice sería el padre de la Ciencia como conocimiento Lógico, ahora bien, ¿Cuál es el aporte de Aristóteles? Aristóteles es el padre nada menos que de la Lógica de los Juicios*
¿ Y qué es lo que queremos decir con esto de Lógica de los Juicios? Queremos señalar que es éste autor quien se preocupa primero y rigurosamente del problema de la exposición del conocimiento en tanto el mismo debe expresarse a través de reglas.

EXPLICACION DE ÉSTE PENSAMIENTO: Señala Aristóteles en LOS ÚLTIMOS ANALÍTICOS, lo cual también reafirma incluso en el primer libro de la Ética Nicomaquea Que nuestra mente es capaz de captar una generalidad a pesar de que con lo que nos encontramos primariamente es con entes particulares diversos, o sea, nos encontramos con Mesas en particular pero no andamos por el mundo viendo el concepto de Mesa en general, y sin embargo, estamos capacitados para alcanzar el Concepto según el principio de la evidencia que alimenta a nuestro pensamiento. El punto de partida Aristotélico por lo tanto es la constatación de una cierta capacidad del sujeto humano para distinguir, generalizar, inducir, vale decir, para Juzgar. Pero ¿Qué significa para Aristóteles Juzgar? Veámoslo descriptivamente:

Nuestro autor se da cuenta de que al sujeto humano se le Dan las cosas particulares y que a partir de ellas asciende hasta las generales mediante lo que él va a llamar Inducción y que no será, como va a ocurrir con el empirismo Inglés de un Hume por ejemplo, el único principio cognoscitivo aceptable en el pensamiento humano y por ende susceptible de ser predicado del principio de asociación de ideas, sino que en la Inducción se nos presentan los objetos del conocimiento (las cosas) TAL Y COMO SON, esto es, que si nosotros observamos una Mesa y decimos LA MESA ES VERDE, de ningún modo es cuestionable que el atributo Verde no le corresponda a la mesa aunque también pueda corresponderle a otros objetos como un denominador común. ¿Y qué significa esto? Algo simple, como lo son las verdades científicas en general, que no hay en éste autor un cuestionamiento de la fidelidad con que nuestros sentidos nos reproducen los hechos, es decir, nos entregan el dato tal y como es. En éste sentido es en el que se habla en Filosofía de Racionalismo Antiguo: La concepción según la cual la realidad es cognoscible tal y como es. Y el lector se preguntará; ¿Y qué tiene esto que ver con el Derecho? Mucho, porque si el Derecho pertenece al orden general de las Ciencias ha de pertenecerle también a su Historia y desde un punto de vista Histórico en el pensamiento antiguo de Aristóteles, con toda la influencia que tendrá posteriormente, no encontramos el requisito de la VERIFICABILIDAD DE LAS PROPOSICIONES CIENTÍFICAS como ocurre en nuestros días, lo que se produce porque no hay la concientización aún de que la REPRESENTACIÓN Y EL OBJETO REPRESENTADO son dos “Realidades distintas”. La exigencia de Contrastabilidad, como tendremos oportunidad de mostrarlo más adelante tiene como base el dualismo Representación - Objeto representado lo que en la ciencia del

* Para contrastar lo que expondremos en lo consecutivo véase el texto “Curso de Lógica Moderna y Antigua” de Juan Rivano. Editorial Universitaria, Santiago de Chile, 1966. También puede verse en el propio Aristóteles. “El Organon” Los Últimos Analíticos. Editorial J. ED. Crin. Paris 1947.

Derecho se puede advertir en la necesidad Funcional de que la Norma refleje y cumpla con el fin perseguido con la consecuencia, como dice Kelsen, que una norma deja de regir si es abandonada por la comunidad a la cual se refiere. *

Ahora bien, nuestro Aristóteles va a notar que la problemática del conocimiento, en cuanto a la certeza que de él emane, depende de la manera en que nosotros extraemos conclusiones no evidentes de particularidades y principios evidentes por sí mismos. ¿Qué es lo que debemos examinar entonces? El hecho de que nosotros vinculamos informaciones, relacionamos datos, aplicamos principios, es decir, Juzgamos. O sea, lo que debemos hacer es examinar nuestra capacidad para emitir Juicios; y qué es un Juicio: Juicio es la Capacidad del ente cognoscente para unir y dividir, es decir, afirmar o negar. Si yo digo, por ejemplo, Voy a ir a comprar, estoy emitiendo un mensaje pero éste mensaje sólo es posible en tanto estoy afirmando algo. De manera que lo que el pensamiento no puede sino hacer permanentemente para significar es afirmar y negar (Dejamos abierto al lector el problema de la Categoría a la que pertenecen la Preguntas en que aparentemente ni se afirma ni se niega) ¿En dónde puede entonces alojarse el error? En la problemática formal de si al Juzgar estamos o no respetando las reglas de los Juicios. Ésta es la razón por la que en Aristóteles preocupación fundamental es la Lógica y el consiguiente desarrollo de los principios que hacen que razonemos correctamente, es decir, estamos ante la preocupación por la propia Razón.

Ahora bien, desarrollaremos en lo que sea necesario para nuestro objetivo esos principios de los Juicios en una concepción básicamente cualitativa del Razonamiento que se encuentra en Aristóteles. Su punto de partida es una clasificación de los Juicios en términos de que cuando Pensamos lo hacemos formalmente de cuatro maneras: Afirmamos Universalmente, como cuando decimos Todos los A son B, Negamos Universalmente, como cuando decimos Ningún A es B, Afirmamos Particularmente, como cuando decimos Algunos A son B y Negamos particularmente, como cuando decimos Algunos A no son B. Éste punto de partida nos conduce al famoso Cuadrado de las Oposiciones Aristotélico en que se introduce como variable la calidad de Verdaderas o de Falsas de nuestras proposiciones y en que comienzan a jugar los principios que rigen las relaciones entre los Juicios. ¿ Y cuáles son éstas reglas?

1. - Las reglas de la Contrariedad: Son las reglas que rigen la oposición entre los Juicios Universales y en que el principio es: Si afirmo la calidad de verdadero de un Juicio Universal Afirmativo (Juicio denominado A según la nomenclatura Escolástica) el Juicio Universal Negativo respecto de lo mismo (Juicio E) es de inmediato Falso, pero si niego la calidad de verdadero de un Juicio Universal, cualquiera sea éste, el otro juicio puede ser tanto verdadero como falso.

En simbología: Si AV entonces EF
Si AF entonces EV o F
Si EV entonces AF
Si EF entonces AV o

* Para una mayor información acerca de Teoría del Conocimiento invito al lector a leer un texto sintético pero muy aclarador del Profesor J. Hessen, "Teoría del Conocimiento". (La limitante de éste texto es que sólo expone las principales teorías del Conocimiento existentes hasta principios del siglo XX.

Demostración: Usaremos un ejemplo cuantitativista con la finalidad meramente explicativa: Si digo por ejemplo: Los cuarenta alumnos de ésta sala estudian, entonces la afirmación de que ninguno estudia ha de ser falsa pues en la afirmación he abarcado la totalidad. Pero digo es falso que todos los cuarenta alumnos de ésta sala estudien, lo que estoy haciendo lógicamente es negando la totalidad de manera que queda abierta la posibilidad para afirmar que Ninguno estudie o que de hacerlo algunos y otros no entonces el ninguno sea también Falso. Los universales afirmados no pueden coexistir, pero si pueden hacerlo negados. Hay que advertir que en éste caso el principio rector no es el de no-contradicción sino el de la incompatibilidad afirmativa de los universales. Lo que diferencia a ambos principios es que el de no-contradicción rige inversamente tanto a la afirmación como a la negación, o sea, imposibilita la coexistencia de afirmación y negación para cualquier caso, en cambio el de la incompatibilidad sólo rige respecto de la afirmación de una de las variables pero no para la falsedad de la misma.

2. - Las reglas de la Contradicción: Son las reglas que rigen las relaciones existentes entre un Universal y el subordinado de su contrario. En el planteamiento Aristotélico el Juicio A, todos, tiene un subordinado I, Algunos y el Universal E, Ninguno tiene su particular subordinado O, Algunos no. De manera que las reglas de la contradicción rigen la oposición: A – O y E - I. Aquí la regla es la exclusión mutua ya sea para la afirmación de uno de los opuestos o para la negación del mismo.

En símbolos: Si AV entonces OF	Si EV entonces IF
Si AF entonces OV	Si EF entonces IV
Si OV entonces AF	Si IV entonces EF
Si OF entonces AV	Si IF entonces EV

Demostración: Veámoslo en el mismo ejemplo expuesto antes: Si digo “Es verdadero que los cuarenta alumnos de la sala estudien” entonces la afirmación de que “Algunos de los cuarenta alumnos de ésta sala no estudian” (Juicio Universal negativo O) debe ser incompatible necesariamente con la afirmación de que todos estudian. Lo mismo si digo “Es falso que los cuarenta alumnos de ésta sala estudien”, entonces va a haber por lo menos uno que no estudia de manera que la expresión “ Algunos no estudian o Al menos uno no estudia va a ser necesariamente verdadera”. Y aquí es donde es conveniente precisar que la lógica Aristotélica es cualitativista pues el lector estará exigiendo explicaciones del por qué he considerado en el mismo estatus los Juicios “ Algunos son” con “ Al menos uno es” o “ Uno es”. La respuesta es simple: La dicotomía que Aristóteles ve en los Juicios está dada en la relación Parte—Todo sin que podamos convertir el uno al otro. Por ello para Aristóteles decir: “ La mayoría de los alumnos estudian” es exactamente lo mismo que decir: “ Algunos Alumnos estudian” o “ Al menos un alumno estudia” pues lo común en todas estas proposiciones es que todas son Particulares de manera que pertenecen a la misma estructura cogitativa. Lo mismo ocurre con la Proposición “ todos los alumnos estudian”, respecto de la cual es lo mismo decir “ Cualquier alumno estudia” o “ Los alumnos estudian”, pues en ambos casos estoy tomando el género. (No es materia de ésta memoria pero a modo de estímulo cogitativo dejaré planteado problemas formales para clasificar Juicios como “La Vida” en cuyo caso hay una convertibilidad entre Juicio Particular y Universal y que ha sido bastante estudiado por el Positivismo Lógico del Circulo de Viena)

¿Por qué decimos y qué significa que la Lógica de los Juicios sea Cualitativista? Lo decimos porque el basamento es la relación Parte—todo independientemente de cuántas sean las partes y significa que de no aplicar un criterio cualitativista a los Juicios el pensamiento como dividente sería imposible porque si partimos de la base de que el todo es uno y el uno todo el razonamiento que busca diferencias no podría existir. (Como nota adjunta quisiera hacer notar que a los razonamientos que violentan el principio de que no son convertibles el todo y sus partes Aristóteles les llama Falacias: Falacia de éste tipo sería por ejemplo decir “ El sentido de la Vida es la Vida misma” en donde tomo un mismo concepto tanto universal como particularmente. Interesante es por ello entenderse con Aristóteles para defenderse de las trampas del lenguaje en que cae muchas veces el juego del Discurso Ideológico)

Ahora bien, qué ocurre si partimos desde el particular y decimos: “Es cierto que hay por lo menos un alumno que no estudia” (o sea OV) entonces es imposible sostener que “Todos los alumnos estudian”. De ésta manera el mismo criterio se debe aplicar para los demás tipos de vinculación que están regidos por el mismo principio. Pero ¿ Qué ocurre con la atribución de falsedad a una variable? Veamos: Si digo “ Es falso que todos los alumnos estudien”, entonces estoy diciendo que hay por lo menos uno que no estudia de donde la expresión “ Al menos un alumno no estudia” es necesariamente verdadera. Lo mismo ocurre si decimos: “ Es falso que haya al menos un alumno que no estudie” (o sea, OF) entonces estamos diciendo que necesariamente “ Todos los alumnos estudian”

3. - Reglas de la subordinación: Son las reglas que rigen las relaciones entre el todo y sus respectivas partes. Se trata entonces de la relación alternativa entre A-I y E- O. En éste caso podemos ver actuando el principio de la Inducción y la deducción según los cuales: La afirmación del todo hace necesaria la afirmación de las partes pero la afirmación de las partes no hace necesaria la afirmación del todo, pero la falsedad del todo no hace necesaria la falsedad de las partes aunque la falsedad de las partes hace necesaria la falsedad del todo.

En símbolos: Si AV entonces IV	Si EV entonces OV.
Si AF entonces IV o F.	Si EF entonces OV o F.
Si IV entonces AV o F.	Si OV entonces EV o F.
Si IF entonces AF.	Si OF entonces EF.

Demostración: Seguiremos con el mismo ejemplo. Si decimos que “ Los cuarenta alumnos de ésta sala estudian” necesariamente tendremos que afirmar I, o sea, “ Algunos estudian”, pero si decimos que “ Es falso que los cuarenta alumnos de ésta sala estudien” entonces estoy diciendo que por lo menos uno no lo hace o que ninguno lo hace de donde la expresión “ Algunos de los cuarenta alumnos estudian” es verdadera o falsa.

Para el caso de que partamos de la Verdad del Particular I, entonces el ejemplo sería: “Es verdad que algunos o al menos un alumno de ésta sala estudia”, ¿qué podemos decir de la verdad del universal A? Jamás podremos afirmarlo diciendo por ejemplo que “ Si algunos estudian, entonces todos estudian”. Desde aquí es desde donde nace el famoso PROBLEMA DE LA INDUCCIÓN que se manifiesta de forma transversal tanto respecto de las Ciencias Experimentales como de las Ciencias Teóricas. El

PROBLEMA DE LA INDUCCIÓN consiste en que desde un punto de vista Lógico, y de eso es de lo que tratamos aquí, no es posible pasar de la verdad del particular a la del universal correspondiente, es decir, que jamás podremos dar por verificada una Teoría General por el sólo hecho de haber verificado respecto de ella que en la mayoría de los casos a los que se refiere se cumple. Esto significa que la Inducción no está Justificada Lógicamente. La pregunta entonces es si en la Ciencia del Derecho también opera ésta problemática en el sentido de que: Siendo la Ley una expresión normativa de carácter general, pueda ella no estar Justificada en los Hechos (En la conducta real de los individuos en tanto éstos se mueven condicionados por más variables que las previstas por la ley, en cuyo caso ésta va a fallar necesariamente o no se va a aplicar estrictamente, sobre todo, si consideramos el problema de la Libertad) Al respeto debemos hacer dos precisiones que orientan el tema:

a.- La primera relativa a si la Norma Jurídica proviene de la observación de casos, hipótesis en la cual tendría una estructura Lógica Inductiva, o si ella proviene más bien de un imperativo general que para nada considera las relaciones entre Hechos, de donde su estructura lógica sería deductiva. También puede encontrarse una opinión intermedia de tipo Sociológico y según la cual ambos factores confluirían en el caso de la Ciencia del Derecho por cuanto la Norma se generaría Deductivamente, Pero en su generación debe considerar las necesidades sociales o las Conductas generalmente asumidas por los Individuos.

b.- La segunda precisión se refiere al hecho de que es posible discutir que exista realmente el problema de la Inducción dado que lo que puede estar ocurriendo es que se confunda lo que la Ley Científica busca en verdad: Ella no buscaría predecir el comportamiento de los hechos en su totalidad sino en las CONSTANTES o elementos simples que los componen, caso en el cual no hay tal problema de la Inducción.

IMPORTANCIA DEL PROBLEMA DE LA INDUCCIÓN:

Sin pretender resolver la cuestión sino simplemente tratando de exponerla quisiera expresar por qué su relevancia:

1. - Porque si le hemos de denominar Ciencia al Derecho y el problema de la Inducción es transversal a toda ciencia, entonces el Derecho tiene tal dificultad ya sea en lo relativo a la Originación de la Norma, ya sea en la mayor o menor eficacia de la aplicación de una norma.

2. - Porque se presenta el problema epistemológico de lo que ocurre con la Norma de Carácter general cuando un caso al cual se refiere Falsea sus pretensiones de Norma Verdadera o aplicable de igual manera a todos los casos a los cuales se refiere. Entonces nos encontramos frente al problema de determinar si la Norma debe desecharse completamente ya que un caso previsto por ella se resistió a cumplir con sus predicciones y por tanto su categoría de Norma General queda statim truncada. La otra alternativa, y que no atiende a un criterio logicista sino empírico es Aceptar la Norma pero limitándola a los casos respecto de los cuales si opera o resulta explicativa, de manera que su carácter de universal tendría validez sólo entendiéndolo como SISTEMA CERRADO. Es lo que

ocurre por ejemplo con una Norma que prohíbe en forma absoluta la Caza de una determinada especie en extinción pero que se estrella contra un cierto Pueblo u orden cultural en que la Caza de tal especie tiene un sentido específico de subsistencia. En tal caso nace la Excepción a la regla ya que la Subsistencia no es un peligro para una especie sino que lo es el principio de la Comercialización, de donde la Norma debe aceptar que hay una caso que falsea sus propios supuestos y que por tanto se queda fuera de su prohibición. Entonces el Caso hace que la Norma se encuentre con un Límite: El de la caza por subsistencia que no obedece al parámetro de la extinción que partía de la base de la Caza por Comercialidad que sí pone en peligro a una determinada especie. Entonces la Regla no podrá tener una Universalidad Lógica (Expresada a través del Todos o el ninguno) sino que ha de cerrarse a si misma en el principio de la Subsistencia. En el ámbito Jurídico la solución aquí expuesta se llama: El principio de la Especialidad que hace posibles las excepciones.

La verdad de I no hace necesaria la Verdad de A. Ésta regla de los Juicios que Nos proporciona Aristóteles conlleva pues la problemática de la no fundamentación Lógica de la Inducción siendo, además, una regla del conocimiento según el empirismo que se ve enfrentado, al aceptarla como la regla que sigue el modo en que conocemos el mundo, al problema de cómo es posible que el ser Humano, que sólo tiene experiencia de lo individual y cambiante, pueda llegar a concebir lo Universal y Constante.

¿Qué ocurre finalmente si partimos de IF, es decir, si decimos que Es Falso que alguno o al menos un alumno de la sala estudie? En éste caso ocurrirá que A, osea, la expresión “Todos los alumnos de ésta sala estudian” es falsa pues hay por lo menos un elemento de la clase que contradice al Todos. De lo que se concluye entonces que Los enunciados particulares pueden falsear una teoría pero nunca verificarla.

Nos queda, sin embargo, un último tipo de relación, vale decir, los vínculos que se dan entre particulares: relación I – O. El caso no es relevante en lo relativo a los principios que rigen éstos Juicios porque el valor de ellos se reduce al valor que tengan los Juicios ya vistos; por ejemplo, si quiero saber el Valor de O para I verdadero debo saber el valor de A y eso lo obtengo de la contradicción entre A y O.

Lo que podemos concluir entonces respecto de Aristóteles es que con él comenzamos a recopilar elementos importantes en lo que llamamos Ciencia:

1. - La necesidad de examinar la estructura de los Juicios para que podamos hablar acerca de la verdad de un conocimiento.
2. - La demostratividad como concepto deductivo a que deben sujetarse las conclusiones que emanan de una Hipótesis y que desarrolla en la Concepción del Silogismo. El Silogismo sigue básicamente las mismas reglas que las de los Juicios pues los principios son los mismos. Así por ejemplo una de las reglas del silogismo es que “ De premisas particulares nada se Infiere” lo que no es sino una aplicación de las reglas de la Subordinación.

3. - El principio de No contradicción e Identidad como principios informadores de todo razonamiento. (No decimos que los haya creado sino que les dio la gravitación de una condición racional exigible como límite a cualquier argumento)

4. - Lo que para este autor, de gran influencia posterior, no concitaba discusión era el que los Hechos no constituían un problema cognoscitivo debido a que “Los hechos se nos dan tal y como son”. Por ello es que el asunto de la demostración no se centra en una cuestión empírica, esto es, en la necesidad de Contrastar la proposición con los hechos, que es un requisito exigible hoy de cualquier ciencia, ya que como los hechos se presentan con total evidencia el único obstáculo que encontramos para que el intelecto se refiera con Verdad a ellos son los Juicios que el propio intelecto emite.

CONTINUACION A LA CUESTIÓN HISTÓRICA: El Racionalismo Moderno.

Definición: “ Es una corriente de pensamiento que sostiene que la cognoscibilidad de la realidad es posible sólo en tanto ésta sea reductible a elementos simples encontrables en la propia Razón como fuente de toda certeza”

La idea de ciencia le debe al Racionalismo Moderno un criterio de certeza, esto es, la exigencia imponible a cualquier disciplina de que su sistema de Conocimientos tenga como norma de Validez el que se base en conocimientos Ciertos. Para exponer este criterio de la certeza daré una breve exposición de su exponente principal que es Descartes*

Descartes (1596- 1650) relativamente contemporáneo de Hugo Grotius, (1583- 1645) Samuel Von Pufendorf (1632- 1694) y Thomas Hobbes (1588- 1679) tiene como parámetro investigativo a la Silogística Aristotélica de la cual es heredero y abjurador. Su pensamiento se manifiesta en contradicción a toda certeza tenida por tal hasta ese momento: La certeza de los Libros que no tiene raigambre alguna en fuentes claras y distintas, la de las tradiciones, que no se basa más que en una opinión comúnmente aceptada y las de la autoridad que no tiene más fortaleza que la misma opinión antes mencionada. En resumen, a lo que se enfrenta Descartes, y que es el supuesto común a toda la certeza existente hasta la fecha, es a la Opinión de que hay ciertas certidumbres y que vienen aportadas por los Sentidos como testigos fieles de la realidad que dicen reproducir. En las Meditaciones Metafísicas Descartes desarrolla un método esencialmente escéptico para alcanzar alguna certeza o para concluir que por lo menos que no hay certeza alguna alcanzable.

El escrito cartesiano más célebre es el texto “Meditaciones Metafísicas” o “Meditaciones de Filosofía Primera” en que construye en una Argumentación perfectamente Lógica aquel criterio de certeza que toda la Filosofía Moderna ha de tener que considerar como un enclave del cual cualquier reflexión tendrá que convertir en un puerto obligado que no se puede obviar si es que queremos decir algo acerca de la certeza y por tanto de lo que sea la Ciencia en tanto el instrumento de ella.

* Para una exposición detallada del pensamiento Cartesiano recomiendo consultar el texto “Meditaciones Metafísicas” de René Descartes. Ed. Alfaguara. Madrid.

A.- LA DUDA CARTESIANA:

“La duda metódica consiste en aquel método que nos permite alcanzar la conciencia de qué sea aquello de lo cual podemos estar absolutamente ciertos aunque ésta sea negativa, es decir, que no hay certeza alguna”. Tal duda está constituida por principios procedimentales a los que llega Descartes luego de constatar la falibilidad de los conocimientos obtenidos hasta ahora. El modus operandi es el siguiente: En la Primera Meditación Metafísica Descartes va a proponerse derrumbar el edificio del saber hasta la Fecha construido haciendo hincapié en la partida a que todo el Saber hasta la Fecha obtenido no tiene otra fuente aparte de las opiniones y de los sentidos. ¿Qué podemos decir de las antiguas opiniones? Que hay tantas verdades como personas haya. Esto significa que debemos rechazar el confiarnos totalmente en las opiniones de los antiguos en tanto haya un motivo para dudar de ellas. (Nótese que aquí Descartes está ya introduciendo su principio de rechazar el todo por la inconsistencia de alguna de sus partes) Ahora bien, ¿Qué podemos decir de los Sentidos? Los sentidos pretenden exponernos fielmente un mundo Objetivo, osea, que hay un mundo externo a nosotros mismos y que se distingue claramente del propio, del mundo Subjetivo. Frente a tal pretensión Descartes examina si existe alguna diferencia clara entre lo que llamamos realidad y lo que llamamos Fantasía dirigiendo su mirada hacia tres ámbitos en que es posible establecer que la diferencia entre ambos mundos no es clara: Los Sueños, La Locura y la objetividad de las representaciones de los sentidos con su famoso ejemplo de la Cera.

A.1.- LOS SUEÑOS: Pretendemos que el sueño y la vigilia son dos mundos completamente separados, pero lo que los hace distintos demuestra Descartes no es claro porque cuando sueño Siento emociones, sensaciones, puedo sentir dolor, amor, temor y lo mismo ocurre cuando digo estar despierto; entonces ¿ Hay una línea divisoria clara entre ambos mundos? No, pues los sentidos funcionan para ambos casos de la misma manera.

A.2.- LA LOCURA: Con respecto a ella lo que pretendemos es que en la Locura las personas perciben de manera imperfecta los Hechos, se encontrarían en un mundo de la fantasía de manera que en la locura el mundo objetivo y el Subjetivo se encontrarían separados, sin embargo, esto no es así ya que el loco también siente, quiere, no quiere de forma que sus sentidos están plenamente activos.

A.3.- LA OBJETIVIDAD DE NUESTRAS IMPRESIONES: El tercer argumento que podemos mencionar respecto de la dificultad para pretender que hay una diferencia clara entre el mundo subjetivo y el objetivo es que la mayoría de los autores sostendría que cuando observo algún objeto y lo describo estoy percibiendo cualidades a través de mis sentidos que le pertenecen a algo que es totalmente ajeno a mi mismo, así por ejemplo, en estos momentos contemplo un trozo de Cera y digo que tiene un cierto color, un determinado sabor, un olor, una consistencia o dureza y así sucesivamente; sin embargo ¿Qué sucede si expongo éste pedazo de cera al fuego, si lo deposito encima de la estufa? Entonces pierde todos esos atributos que yo digo le pertenecen de suyo a la cera: su forma geométrica se ha perdido, también su olor, su color, por tanto, ¿Qué ha quedado de la cera? Una inspección del Espíritu, un concepto y nada más que eso. Entonces, qué ocurre con aquellas cualidades objetivas que aparentemente me eran transmitidas por los sentidos. Persisten pero como una mera idea que le es aplicable a cualquier objeto; lo que hay, por

tanto, son ciertas Ideas que poseo de algún modo, ya sea Innata, ficticia o adventiciamente pero no puedo pretender que ellas **reflejen un mundo objetivo, el de las cosas.**

A partir de éste examen, que hemos expuesto con una concisión extrema, emanan los principios que constituyen la Duda Metódica que como hemos dicho se manifiesta como el parámetro del criterio de Certeza Racionalista:

1. - Debemos considerar como falso tanto lo absolutamente falso como lo probablemente verdadero.

Éste principio, que es transversal al pensamiento Cartesiano y que podemos extraerlo de la posibilidad de dudar por lo menos una vez de las opiniones de los antiguos y del hecho de que no podamos trazar una línea divisoria clara entre el mundo objetivo y el mundo subjetivo por la operatividad de los sentidos se instala como el principio motor de quien quiera buscar no “Certezas” parceladas sino “ La Certeza” que, por el hecho de no admitir excepción, no admite un principio inductivo de aproximación a la verdad que estaría planteado de la siguiente forma: “Lo que se cumple para la mayoría de los casos, debemos presumir que se cumple para todos”. El principio Cartesiano es un principio negativo, un principio que no admite la excepción.

2. - “Las relaciones entre Ideas no representan necesariamente relaciones entre cosas”. Éste principio es extraído de ese análisis que hace de la cera y que lo lleva a darse cuenta que aquellas cualidades que creíamos encontrar en los cuerpos como perteneciéndoles a ellos no eran más que ideas existentes en nuestro intelecto de manera que desaparecido el objeto en que se depositaban, ellas persistían, por lo que nada podemos decir respecto de su capacidad para reflejar objetos como si fueran objetivos a nuestra conciencia.

3. - “ Quien te engañe una vez te engañará siempre”. En el caso de éste principio de lo que se trata es de que si de algo tenemos certeza en un determinado momento y esa certeza se pierde en algún momento, entonces se perderá para siempre. Aparentemente este principio es convertible con el primero en virtud del cual debemos considerar como falso lo absolutamente falso pero también lo “Probablemente verdadero”, y ahí está la diferencia: En éste principio se trata de la probabilidad y en el que estamos exponiendo se trata de la relación Certeza – Incerteza.

De ésta manera René Descartes va a concluir la Imposibilidad del Pensamiento de darse o tener alguna certeza acerca de la realidad objetiva del mundo externo ya que éste mundo es representado por los sentidos, quienes no son de fiar. Lo que hay es un pensamiento y un pensamiento en que están depositadas ciertas Ideas sean de la naturaleza que sean; eso es de lo único que podemos estar Ciertos hasta ahora. Sin embargo Descartes va a extremar aún más su duda metódica, pero los principios antes expuestos no son suficientes para dudar incluso de la propia capacidad para Pensar y de la naturaleza de las ideas que en el pensamiento se contienen ya que su resultado se podría resumir en el siguiente planteamiento: El pensamiento es incapaz de demostrar la realidad de aquello que no pertenezca a su propia naturaleza, o sea, **No puede extenderse más allá de sí mismo, no puede demostrar lo que no es pensamiento.**

Es por ésta razón que Descartes crea la Figura del Genio Maligno, es decir, la figura de un sujeto, hábil engañador, que ha de usar todas sus argucias para hacer que el sujeto pensante Descartes llegue hasta a dudar incluso de que piensa. Pero es aquí en donde se produce la Primera certeza que no es una certeza de tipo cognoscitivo sino Intuitivo, esto es, que no supone un Razonamiento de tipo afirmativo en que desde determinados fundamentos se extraen lógicas consecuencias sino que se trata del fundamento mismo desde donde todo Razonamiento parte: Se trata de la **Intuición del SER, del famoso COGITO, ERGO SUM** que se instala como la única Certeza absoluta, es decir, aquella evidencia que se presenta a los propios ojos del pensamiento quien, en la labor negadora no ha podido auto-negarse; de manera que cada vez que el genio maligno trata de engañarnos respecto del ser haciéndonos creer que no somos su intento se ve abortado puesto que el Ser se impone Igual, pues cada vez que pienso, soy. Pero, ¿Cuál es la relevancia de ésta certeza Intuitiva originaria?

1. - Es una certeza que cumple con los requisitos impuestos por Descartes respecto de que lo Cierto ha de ser Claro y Distinto, es decir, que lo cierto ha de dárseos entera y de una sola vez: esto es, no a escorzos, por partes ni tampoco sucesivamente en el tiempo y el Cógito cumple con ambos requisitos. Es una certeza a-histórica e inespacial.

2. - Es una certeza en que las relaciones que se dan en ella son de conversión mutua, esto es, en que hay una identidad entre el Ser y el Pensar de modo que se dan simultáneamente en una relación de Igualdad: Todo lo que sea el ser lo es el Pensar y lo que es o sea el Pensar lo es el Ser. Eso implica que no hay pie a la novedad ni a la aleatoriedad en el conocimiento sino que éste ha de fundarse en una Intuición que no admite las sorpresas pero si las incógnitas.

3. - Es una certeza que no demuestra desde ella una naturaleza diferente de ella (Por eso es que Descartes para poder establecer que podemos estar ciertos de la existencia del mundo Externo y de las cosas que están en él recurre a la Idea de Dios mediante el análisis de las Ideas Innatas que se encuentran en el propio pensamiento y que no pudieron ser creadas por él mismo como es por ejemplo la Idea de Infinito) El Cógito sólo es analogizable con los entes matemáticos que cumplen con el requisito de la certeza cartesiano, esto es, que la matemática al igual que el ser se nos da según el principio de Identidad, entera y de una sola vez y en ella no cabe la posibilidad de la excepción que deja subsistente la regla. La vinculación se da de la siguiente manera:

$$\begin{aligned} \text{SER} &= \text{PENSAR.} \\ 5 &= X + 3 \end{aligned}$$

En éste caso nos encontramos con que la misma certeza del ser es alcanzable en las matemáticas, o sea, el fundamento de las matemáticas es también el carácter intuitivo con que se nos manifiesta el Ser en Identidad con el Pensar. La Matemática, sin embargo, introduce la incógnita X sea en el Pensar, sea en el Ser; pero no es una incógnita que represente algún tipo de aleatoriedad sino que al ser una Incógnita que tiene por elemento convertible, ya sea al Ser, ya sea al Pensar implica que siempre ha de poder resolverse en su número converso, en éste caso, 5. En las matemáticas no hay excepción o novedad sino una incógnita que significa simplemente que los símbolos

pueden ser cambiados en un orden deductivo, pero jamás puede darse el caso que lo que está contenido en 5, no esté contenido en $X+3$. Y es precisamente la incógnita lo que hace que Descartes vea en las Matemáticas a la única Ciencia que contiene realmente Certezas y con la cual se puede avanzar en el conocimiento a través de la progresiva resolución de Incógnitas, ello, claro está, no lo cumple la Lógica (La Aristotélica, que es la única conocida por Descartes) en que no hay posibilidad de avanzar en el conocimiento producto de que no contiene Incógnitas del tipo matemático. De ésta manera diremos con Descartes que Sólo hay una Ciencia de la Certeza: Las Matemáticas (Mathesis Universalis) la ciencia de la Unidad y la Medida. La matemática no le va a preguntar a los hechos lo que son sino que se ha de imponer sobre ellos.

Pero el lector se preguntará ya ¿Qué conducencia tiene esto respecto del Derecho? Y no podemos contestar sino que mucha por las razones siguientes:

1. - El Racionalismo - y el Profesor Carlos Cossio está plenamente conciente de ello, de hecho, es una de las teorías acerca de la ciencia y el Objeto del Derecho que ataca -, tiene la más importante Influencia en la configuración del Legalismo Jurídico entendido cognoscitivamente como aquella Doctrina Jurídica de tipo determinista que concibe el vínculo entre el Derecho y los Hechos como una relación Unilateral en que el orden relacional se configura de forma deductiva, en términos de pensar la realidad como un producto de la conciencia del Sujeto, absorbida y dependiente de ella de modo que ésta no presentará ningún rasgo que pueda quedar fuera de la Razón. Y desde el punto de vista Jurídico diremos que se trata del total predominio de la Ley como el contenido del Derecho, de donde no hay más Derecho que la Ley. La perspectiva Jurídica Racionalista piensa la Realidad como totalmente absorbida por la Razón en que la Diferencia de lo Individual es siempre reductible a categorías generales.

2. - El Racionalismo configura también un modo de Ser, una visión del mundo de tipo Unificado. Dada su imposibilidad de ser compatible con la excepción, su perspectiva matematicista abarca todo lo que podamos tener por Real, de manera que su forma de entender la realidad es Uniformista, excluyente de la diferencia. ¿Qué significa esto para el Derecho? Que el pertenecerá a la misma Arquitectura que cualquier otra ciencia, tendrá las mismas características, procederá respecto de los Hechos de la misma forma, formará parte por lo tanto de la misma arquitectura que el Estado y por ende de los Fines que el Estado racionalista Unificante persiga. (No podría haber una Teoría Pura del Derecho al Modo como la Concibe Hans Kelsen pues el Derecho sólo constituirá una consecuencia deductiva más dentro del Sistema Racionalista en donde no puede haber una Isla que parezca la Realidad y que tenga características propias)

En resumen, y no debemos olvidar lo importante que fue la fundamentación subjetiva de la ciencia en la Certeza Intuitiva de Descartes para el Idealismo de Hegel o para el planteamiento Kantiano del conocimiento, el Racionalismo predica la certeza absoluta de aquello que vamos a llamar Ciencia y por tanto no admite las excepciones y rechaza categóricamente que los hechos puedan llegar a tener algún influjo ya sea en la producción del conocimiento o en el control de éste postulando una total autonomía de la Razón.

SIGUIENDO CON LA CUESTIÓN HISTÓRICA: EL EMPIRISMO

El empirismo puede ser entendido como toda aquella doctrina que atendiendo al origen de las Ideas sostiene que todas éstas deben poder ser reducidas a una o varias sensaciones determinadas.

El empirismo representa básicamente un tipo de tradición Inglesa de pensar la realidad oponiéndose en general a las explicaciones de tipo abstracto e impersonal de ésta. Sus pensadores más importantes son John Locke y George Berkeley en el siglo XVII y David Hume en el siglo XVIII (1711- 1776) (Sin desconocer por supuesto la tradición empirista de Francisco Bacon y Stuart Mill. Nosotros nos detendremos en la exposición del Empirismo de su representante más depurado, es decir, David Hume. La razón de ello reside en que es el autor empirista que se ocupa de aquella noción constitutiva de las Ciencias llamadas “De la Naturaleza” como es el asunto de la **CAUSALIDAD**.

El empirismo, al igual que el Racionalismo constituyen tipos de pensamiento que buscan la Certeza de tipo Cognoscitivo aunque el resultado pueda consistir en que no hay certeza alguna * . De esa forma comparte fundamentalmente dos características inspirativas con el Racionalismo como es:

- a.- Un escepticismo radical como punto de partida de todos los conocimientos y los procedimientos sustentados hasta la fecha.
- b.- Una búsqueda de la certeza y por ende, la necesaria superación de una simple actitud escéptica.

El punto de partida de Hume consiste en hacer un examen del sentido y la necesidad de la Filosofía y de las distintas clases de Filosofía estableciendo que:

1. - Hay por lo menos dos clases de Filosofías porque hay por lo menos 2 clases de Personas, personas de tipo profundo y personas de tipo Simple. La primera clase de Filosofía y el primer tipo de Filósofo “ Busca Principios de gran Utilidad, buscan verdades ocultas, pero no disfrutan de la preferencia de la Humanidad”, en cambio, “ el destino del filósofo que se guía por la Filosofía Fácil y asequible es el tener un mayor papel en la vida cotidiana y lo que hace, es alcanzar el principio que mueve al Hombre y no el que mueve al Todo”. Esto indica que desde el momento en que el empirismo se pregunta por el Origen de las ideas, o sea, se plantea el problema del conocimiento y por ende de la certeza al nivel de contestar a la pregunta de cómo se producen las Ideas, lo que hace es no separar la labor propiamente Humana (El Carácter Psicológico del Pensamiento) del quehacer pensante, de la labor meramente Formal (El carácter lógico, universalizante e impersonal) del sujeto Humano. No parten éstos Autores de la existencia de un Dualismo, ya sea Epistemológico, en términos de la Existencia de un mundo Objetivo y un mundo Subjetivo que estarían totalmente separados, ya sea categoriales, en términos de la existencia de un mundo de las Formas y otro de los contenidos que están totalmente separados. El empirismo es, por tanto, por principio y por consecuencia, no dualista; y ello es importante para la ciencia del Derecho en lo que vaya a tener de Empirista pues se le suscita a ella también el problema de La norma versus la Conducta real de los Individuos.

2. - El Razonamiento de Hume: Lo que primariamente constata Hume es que nosotros cuando Pensamos Usamos conceptos y que de alguna manera pretendemos que nuestros conceptos son aplicables a la Realidad, es decir, que existe una especie de conexión con el mundo externo que permite que mis conceptos (Ideas) puedan reflejar fielmente el acaecer de las cosas en el mundo. Ahora bien, tras nuestras ideas se encontrarían ciertos principios que nos permitirían comprender, explicar la realidad; así por ejemplo, decimos que el principio de Identidad, que sería un principio Subjetivo exclusivamente Lógico nos permitiría reconocer a una persona como esa misma persona en uno y otro día, de manera que no tenemos que hacer el ejercicio de estar conociendo de nuevo a las personas todos los días. De forma que nos paseamos por la vida confiados en que la existencia de Ciertos principios hace que podamos comprender de manera exacta, cierta, a la realidad.

Lo que Hume va a cuestionar es el hecho no de la existencia de éstos principios sino básicamente dos cosas:

1. -Cuál es su eficacia para reflejar realmente al mundo.
2. -Cuál sea su origen, es decir, si existe un principio de los propios principios y si existen otros principios, que serían los reales, con que verdaderamente conocemos aunque no podamos decir respecto de ellos que sean exactos.

LA CUESTION DE LA EFICACIA: Partimos de la siguiente observación acerca de la ocurrencia de los hechos: “Lo contrario de cualquier cuestión de Hecho es, en cualquier caso, posible, porque jamás pueden implicar una contradicción” Y el famoso ejemplo que Hume da es que decir por ejemplo “El sol no saldrá mañana” no implica mayor contradicción que decir “Saldrá mañana” puesto que no podremos demostrar rigurosamente la Falsedad de ninguno de los dos. Con éste simple argumento Hume demuestra que si nosotros nos atenemos estrictamente a los datos de los sentidos, lo que éstos nos proporcionan son informaciones acerca de la ocurrencia de Hechos, pero nada nos dicen respecto de lo que acontecerá o no acontecerá, por lo que ¿Con qué derecho le podemos exigir a la Naturaleza que se comporte según nuestros principios? A la Naturaleza le da lo mismo Contradecirse o no contradecirse, reflejar los objetos de Forma Idéntica o no hacerlo, luego, no hay ningún criterio fáctico que nos permita decir que nuestros principios de Identidad y Contradicción se adecuen al comportamiento real de los hechos.

Por otro lado funcionamos en nuestra relación con la realidad con un tercer principio: Se trata del principio de la Causalidad que en la definición de Hume se lo entiende como “ Un objeto seguido por otro y cuya aparición siempre conduce al pensamiento a aquel otro”. El problema con la relación Causa – Efecto es que la causalidad pretende ser un vínculo Real entre distintos objetos, es decir, cuando nosotros decimos una frase tan simple como “Le pegaste porque te caía mal” lo que pretendemos es que “Caer Mal” y “Golpe” están vinculados fácticamente de alguna manera, que hay un nexo, que no vemos, pero que existe. Hume da el Ejemplo del Pan como alimento adecuado para el sostén del cuerpo diciendo: “ Nuestros sentidos nos comunican el color, peso, consistencia del Pan, pero ni los sentidos ni la Razón pueden informarnos acerca de las propiedades que lo hacen adecuado como alimento y sostén del cuerpo Humano”

* El texto base que utilizamos al respecto es la “Investigación acerca del conocimiento Humano “ de David Hume, recientemente reeditado por la Alianza Editorial; 1990.

El ejemplo antes citado hace que Hume se de cuenta de que cuando establecemos éste tipo de relación lo que necesitamos es un nexo, un término medio que de ningún modo puede encontrarse en la experiencia, que no se corresponde con sensación alguna. Eso indica que los principios con que pensamos la realidad, aparentemente, tienen un derecho propio de existencia, es decir, son innatos, nacen con nosotros y la pregunta entonces es que si es así ¿ Pueden ellos reflejar en algo a la realidad si nada tienen que ver con ella o es que están originariamente vinculados con la experiencia y lo único que ocurre es que de algún modo valen con independencia de ella?

LA CUESTION DEL ORIGEN: Nos preocuparemos por el principio de Causalidad puesto que el razonamiento es el mismo y por tanto arrastra a los demás.

1. - La experiencia pasada: Respecto de ella sólo puede aceptarse que de información directa y cierta de los objetos de conocimiento y, exactamente, de aquel período de tiempo abarcado por su acto de conocimiento, pero por qué ésta experiencia debe extenderse a momentos futuros. No hay razones para ello ya que puede ser que sólo en apariencia sean objetos semejantes.

2. - Respecto de la idea de Razonamiento: Para que podamos decir que estamos frente a un Razonamiento lo que tiene que darse es una relación continua, sin lagunas en el saber, entre una Idea determinada y otra, o sea, una necesaria relación de tipo lógico en que nos encontramos con una derivación deductiva. Sin embargo, según Hume, no podemos decir que la causalidad sea producto de un Razonamiento en que podamos pasar de la Causa A al Efecto E a través de una relación de continuidad. Lo que hace entonces, que no podamos pretender que la causalidad es un Razonamiento es que el nexo causal pretende que de la Existencia de A se deriva E, o sea, que no solamente ocurre, como nos señalan nuestros sentidos, que primero **Sucede** A y luego E, sino que además E se **Debe** a A. La pregunta que fustiga al pensamiento se puede plantear de la siguiente manera: ¿ Qué es lo que nos autoriza a decir que lo que se sucede además se debe? Para colocar esto en un ejemplo un tanto extremo pero decidor: Nuestros sentidos nos señalan:

- a.- Un sujeto está de pie frente al mar.
- b.- El mismo sujeto avanza hacia el mar y tiene el nivel del agua a la mitad del cuerpo.
- c.- El sujeto ya no tiene parte alguna fuera del agua.
- d.- Han pasado tres horas y el sujeto no ha reaparecido.

¿De qué dato empírico o Racional hemos extraído que el sujeto **Murió**? Lo que nosotros podemos reducir a datos sensibles es lo que ocurre en la sucesión temporal, pero de ninguna manera podemos pretender extraer de tal sucesión la Muerte; no lo podemos hacer por la vía de Razonamiento alguno porque entre la Idea de Muerte y la sucesión temporal no hay nexo alguno que nos permita la derivación lógica de lo que llamamos efecto (Muerte) a partir de lo que llamamos causa (Inmersión) Y qué ocurre con la experiencia; La experiencia sólo nos proporciona información suficiente respecto de los hechos acaecidos pero a partir de ella no podemos derivar de manera alguna una Necesidad Fáctica futura. Y la causalidad no sólo pretende que hay un vínculo entre lo que llamamos causa y lo que llamamos efecto sino que además:

- a.- El vínculo es necesario: Que todo lo que está en la causa está en el efecto de modo que podemos revertir todo lo que hay en el efecto a la causa.

b.- El vínculo es Universal: Lo que significa que dada una determinada causa se dará siempre uno y sólo ese determinado efecto.

3. - La Analogía con la Voluntad: Se plantea también Hume que éste principio podría provenir de un cierto Poder Interno llamado Voluntad y por el cual hacemos que se produzcan determinados movimientos, es decir, como nuestra voluntad es capaz de generar movimientos (ser causa de ellos), lo que haríamos sería establecer una relación analógica entre lo que es capaz de hacer nuestra voluntad y lo que ocurre en la realidad sin que estemos ante ningún argumento sino ante lo que es una mera semejanza estructural de una manera de actuar. El problema es que estamos conscientes de que nuestro cuerpo obedece a nuestra Voluntad pero no sabemos el modo como esto sea posible, pero con respeto a la causalidad pretendemos que conocemos el mecanismo por el que un hecho A está vinculado a otro E. Luego, en palabras de Hume, “En la Naturaleza todos los acontecimientos aparecen sueltos y separados. Un acontecimiento sigue a otro, pero nunca hemos podido observar un vínculo entre ellos”

Lo que Hume nota es que no hay un sostén racional ni experiencial de los principios con los que pensamos la realidad, por tanto, los Principios del pensamiento a los que tenemos como infalibles e irrestrictamente aplicables a la realidad no son razonamientos sino **Sentimientos (Una creencia.** Ello significa que será necesario forjar ciertos principios de tipo metódico que nos deban servir como paliativos de aquella certeza que no son capaces de entregar los principios del pensamientos ya desechados como infalibles y buscar cuáles son los principios con que realmente funciona nuestro pensamiento:

1. - Principios empiristas resultantes de la falta de fundamentación de los principios formales del pensamiento:

A.- La relaciones entre Ideas son sólo relaciones entre Ideas. Es un error pretender que los principios que rigen al pensamiento como la causalidad por ejemplo puedan explicar hechos; ellos sólo rigen respecto de las ideas.

B.- Las cuestiones de hecho no pueden sino describirse a partir de un procedimiento Inductivo, es decir, aceptando el carácter aproximativo de la experiencia y el hecho de que el equívoco y el yerro son siempre posibles. La inducción por tanto es el único procedimiento aceptable si lo que queremos es tratar a la experiencia, por ende, la única vía que nos permitiría establecer un vínculo entre los hechos y las ideas que tenemos respecto de ellos pues otro tipo de Razonamiento resulta dualista en tanto a su través sólo podemos reflejar una oposición Ideas versus hechos y no intentar encontrar el tránsito que se figura entre ambos. Desde aquí nacen los principios Cognoscitivistas del empirismo:

B.1.- El pensamiento más intenso es inferior a la sensación más débil: Inductivamente lo que ocurre primero es la sensación de Dolor y luego la Idea de Dolor. En el ejemplo de Hume un hombre furioso es movido de manera muy distinta que aquel que sólo piensa ésta emoción.

B.2.- Nuestras Ideas o pensamientos se resuelven siempre, luego de ser analizados, en ideas más simples de manera que luego de la última reducción nos encontramos con los hechos.

B.3.- Si un Hombre no es capaz de una sensación determinada, entonces no es capaz de producir la idea correspondiente. Este planteamiento que recorre todo el empirismo es el que apuesta por la negación de aceptar cualquier suerte de patrimonio propio de la Razón respecto de algún principio o idea y por tanto el que se traduce como el principio que dice que nuestra mente es una Tabula Rasa, un continente al cual la experiencia va llenando. Nuestra mente no es capaz de producir por si misma Idea alguna, lo que ella hace es simplemente mezclar el material que recibe de los sentidos y formular relaciones entre las Ideas, pero nada más. (Eso es lo que hace que para un Empirista lo que nuestra Mente hace al concebir la Idea de Dios es esencialmente lo mismo que hace cuando concibe la idea de Pegaso: Copia las Impresiones y mezcla éstas copias)

2. - Principios con los que funciona nuestro pensamiento: De la premisa que dice “Nada hay en el Intelecto que no hubiese estado antes en los sentidos” el empirismo de Hume va en búsqueda de aquellos principios que si permiten que podamos reflejar, ya más o menos aproximadamente, a la realidad, principios que indefectiblemente deberán concordar con el punto de partida Inductivo que fundamenta al empirismo: Y el único principio que puede cumplir con éste requisito es el que surge del hecho de que “Lo que se nos da” son “Impresiones”, y estas Impresiones se reflejan en nuestro pensamiento produciendo “Ideas”; por su parte, nuestro pensamiento lo que hace es que vincula las Ideas guiándose por la mayor o menor repetibilidad con que dos Impresiones nos son dadas; por ejemplo, si pensamos en el Fuego tendemos a pensar simultáneamente en el color Rojo, es decir, asociamos dos Ideas correspondientes a dos Impresiones diferentes porque la experiencia nos indica que hasta ahora han aparecido siempre juntas. De éste modo, el principio fundante de todo modus operandi del pensamiento es el “Principio de asociación de Ideas”, el cual está enclavado en un principio que a su vez es irreductible a otro y que se presenta como transversal a toda actividad Humana, sea cognoscitiva, sea moral, sea política, esto es, La Costumbre, es decir, el grado de repetibilidad con que dos Impresiones se dan juntas, de donde la Causalidad es un principio tan aproximado como pretender que dos acontecimientos no deben contradecirse o que una cosa es igual a si misma siempre.

Por su parte el Principio de la Asociación de Ideas está compuesto por tres sub-principios:

1. - El Principio de la semejanza: A través de éste principio pretendemos que dos cosas que se parecen son lo mismo.
2. - El Principio de la Contigüidad: A través de él pretendemos que dos cosas que tienen algo en común o que alguna vez estuvieron juntas lo siguen estando.
3. - El principio de la Causalidad: A través del cual pretendemos que dos cosas que se suceden, se deben.

Estos principios no pueden entenderse de la forma inefable con que el Racionalismo ha entendido los suyos propios sino que pertenecientes siempre a la

probabilidad que es lo único cierto con lo que el pensamiento cuenta, de donde el acierto y el error juegan papeles alternativos en la construcción del conocimiento de tal modo que la estructura del conocimiento es la relación “Ensayo – Error”.

Desde ésta breve exposición del Empirismo ¿Qué herencia le ha de dejar a nuestro tema, la ciencia del Derecho?

1. - Un resultado de tipo negativo: Que quien adopte un criterio Racionalista no puede renunciar al dualismo Pensamiento versus Realidad, lo que en el ámbito jurídico implica un divorcio entre la Ley y los Hechos. Con la arquitectura Racionalista fundada en la Sistemática, Coherencia y no contradicción del saber no se reflejan los Hechos sino que se los maneja (Importante cuestión que trataremos cuando veamos desde una perspectiva cognoscitiva al principio de la Imputabilidad como elemento determinante de la ciencia del derecho en reemplazo del principio de la causalidad de la ciencia Natural)

2. - El saber que todo conocimiento es falible, de manera que será un problema para la ciencia del Derecho si ésta pretende que su objeto es la Norma pues entonces no podremos tratar a los Hechos (La conducta Humana) con un instrumento tan diverso a la naturaleza de éstos como la naturaleza de la norma. (Con respecto a ello el Profesor Cossio, sin provenir de una tendencia Empirista, presenta su teoría Ecológica del Derecho como una Superación de todo Empirismo y Racionalismo al situar el Objeto de la Ciencia del derecho, si quiere ser ciencia, no en la norma sino en la conducta Humana, única vía por la que el Derecho, continuando la herencia Kelseniana, puede superar las Ideologías.

3. - Todo conocimiento tiene un valor provisorio: La provisionalidad no tiene un carácter excepcional en el sentido de que nosotros podamos decir que “En algún momento encontraremos la Verdad última y que no la hemos encontrado sólo porque, por ahora, no manejamos toda la gran cantidad de variables que se necesita para que estemos frente a un conocimiento totalmente sistémico y seguro de manera que sólo tenemos que esperar”. El empirismo va a insistir en que lo que podemos Esperar son más bien sorpresas, que el círculo se amplíe o tienda a abrirse. Eso visto desde la perspectiva Jurídica nos Indicará que no hay un “Estado o Estadio Jurídico final”, una relación normativa Última, pues; ¿Con qué garantía podríamos aseverar que un Derecho dominado por la Ley y superpuesto a la Costumbre será la Última forma del Derecho? Tenemos que aceptar su provisionalidad tal como tenemos que aceptar lo relativo que es el campo de las posturas Morales. Se trata entonces para el Derecho de su adaptabilidad eficaz a los inevitables cambios y por ende de la constante corrección del sentido de la Norma y de lo que entendemos por Derecho de donde, v.gr, la Teoría Pura del Derecho no tenga que ver con el modo como entendemos al Derecho Científicamente sino con otra forma Provisional de entender el concepto de Derecho en su relación con la Conducta Humana, de manera que si deja de estar vigente no será por su insito carácter de errada sino porque ha sido reemplazada por otra, lo que no significa que ésta otra sea “Mejor” pues como el principio es la Incertidumbre, es perfectamente posible que en unos cuantos siglos, cuando nadie se acuerde de la Teoría Pura alguien la reflote y vuelva a tener preeminencia como en sus años de mayor gloria, y si tal es posible, eso indica lo que indicaremos en el cuarto punto.

4. - Que el conocimiento se constituya en función de la relación Ensayo- error significa que no podemos hablar de la superación de una teoría por otra sino de una relación tensional de reemplazo en que la cosmovisión o alguna otra arquitectura social exige modificar y reemplazar constantemente sus teorías explicativas. No hay una relación de exclusión entre el saber y el ignorar sino que el saber está constituido de Ignorar, de lo contrario el saber mismo se anquilosaría pues el motor que hace que de un saber se pase a un saber más acabado es el hecho de darnos cuenta de que no sabíamos todo y eso sólo nos lo proporciona el error. De éste modo no podemos desde una perspectiva rigurosamente empirista hablar de un saber Final pero si de una acumulación de saberes.

PUNTO B DE LA UNIDAD PRIMERA: LA IDEA DE CIENCIA EN GENERAL EN NUESTRO TIEMPO. ANALISIS DEL CONCEPTO DESDE H. RICKERT Y MARIO BUNGE.

1. - EL PLANTEAMIENTO DE RICKERT:

La preocupación por la ciencia se mezcla entre los siglos XVII y XIX con una simultánea preocupación por el Conocimiento, ya la Crítica de la Razón Pura de Kant en su Estética Trascendental y en su Analítica Trascendental se preocupa, primero, por la Estructura del conocimiento y luego por contestar a la pregunta relativa a ¿Con qué derecho la Ciencia se impone como la única disciplina fiable si de lo que queremos hablar es del conocimiento? O, puesto en una pregunta más capciosa ¿Por qué la ciencia y no la magia? Respuestas se han dado y muchas; hasta hoy, la cuestión resulta atractiva, - y trataremos la cuestión al final de éste trabajo a propósito de las teorías Historicistas – pero no fue sino con Wilhelm Dilthey en la segunda mitad del siglo XIX que la cuestión de la ciencia, su derecho y sus distintas ramas se tratan con independencia relativa de la cuestión del conocimiento, es decir, hay una Filosofía de la Ciencia y una Teoría del Conocimiento separadas.

Con respecto a lo primero Dilthey va a centrar su atención en la manera en que las ciencias se aplican a su objeto, de forma que va a distinguir dos grandes tipos de ciencias: Las Ciencias Naturales y Las Ciencias del Espíritu. La distinción radicaría en que el objeto de las mismas es diverso, por cuanto en las primeras el objeto sería el determinismo de la Naturaleza, en cambio en las segundas se trataría de la Libertad. Éste autor, por su parte, coloca a la Psicología en el Arquetipo de aquellas ciencias que tratan del Espíritu y estableciendo que ésta ciencia trata de los fenómenos de la Conciencia y que por tanto es “La Ciencia” del Espíritu por derecho propio.

CRITICA DE RICKERT A DILTHEY *

1. - Tal distinción no da con la nota diferencial (Cap. III) que refleje las verdaderas diferencias existentes entre las ciencias empíricas no naturalistas pues pretender que la clave se encuentra en el concepto de “Lo Psíquico” es no decir nada pues lo psíquico no establece una diferencia de principio entre dos clases de Ciencia.

2. - Tal distinción por su parte no es capaz de reflejar la Distinción metodológica existente entre las distintas formas de hacer Ciencia. La pretensión de que un objeto es exclusivo de la ciencia Natural y otro exclusivo de la del Espíritu hace imposible que podamos explicar cómo es posible que existan relaciones de complementación entre las ciencias y cómo una puede pedirle prestado a otra su material (Como ocurre cuando por ejemplo una teoría ambientalista le pide a una teoría genetista que le ayude a explicar el comportamiento Humano)

* Para una mayor información el texto que utilizamos es el texto “Ciencia Cultural y Ciencia Natural” por H. Rickert. Editado en la colección Biblioteca de Ideas del siglo XX. Ed. Calpe, Madrid, 1922.

3. - Y la crítica fundamental viene entonces desde éste camino: Desde la perspectiva de Rickert las ciencias no se distinguen por su Objeto pues en el capítulo III nos dice: “Para los fines de la clasificación de las ciencias particulares, no es posible encontrar dos grupos de objetos que se distingan uno de otro por su ser, es decir, a la manera misma como el cuerpo se distingue del alma”. Eso significa que para Rickert es insostenible pretender que haya distintas ciencias porque haya distintos Objetos ya que, no hay distintos objetos sino que lo que hay son distintas formas de entenderse con ellos, los objetos, que son los mismos, que no constituyen dos mundos separados, son susceptibles de ser enfocados desde más de una perspectiva sin que ello implique relativismo alguno; Así, por ejemplo, el simple Lápiz que tengo en mis manos en estos momentos es uno y el mismo objeto pero puedo estudiarlo desde el punto de vista Físico como elemento sometido a la Gravedad, desde la perspectiva Química, en cuanto a su reacción al calor, desde la perspectiva matemática como objeto de medida y desde la perspectiva Sociológica como un objeto que representa una determinada forma de hacer cultura etc.; y en todos los casos el objeto en su individualidad sigue siendo el mismo. Y agrega Rickert “ No hay nada, al menos en la realidad inmediatamente accesible, que pueda abstraerse en principio a una investigación de carácter formal que emplea la ciencia natural”. (Lo que, y debemos aclararlo de Inmediato, no significa que la ciencia Natural abarque por completo a la Realidad)

EL PLANTEAMIENTO DE RICKERT

A.- LA NECESIDAD DE EXISTENCIA DE UNA CIENCIA NO NATURAL.

Lo que preocupa a Rickert es que, si bien podemos hacer una crítica a la procedencia de la clasificación hecha por Dilthey, eso no significa que las ciencias sean clasificables, es decir, que sea necesaria y pertinente una clasificación entre distintas ciencias si en realidad el objeto de la misma no lo requiere, por lo tanto la primera pregunta que debemos resolver para no estar haciendo un trabajo inoficioso es ¿Queda en la realidad algún contenido que no sea abarcado por completo por la Ciencia Natural? La pregunta es pertinente por cuanto si llegamos a la conclusión de que con la Ciencia Cultural basta para investigar la realidad ya que la abarca por completo, entonces no será necesario que exista otro método que el de ella y tampoco tendrá sentido buscar la existencia de otra clase de Ciencias. Y para contestar a tal pregunta negativamente, como hace Rickert, es necesario preguntarse por el hecho de si el Conocimiento, en la forma en que lo entiende la Ciencia Natural, agota por completo a la realidad o no.

La Hipótesis es que el conocimiento abarcaría por completo a la realidad sólo si es entendido como una reproducción de la misma pues sólo entonces nada se quedaría afuera. El problema consiste entonces en determinar si la realidad es completamente reproducible o no (Cáp. V). La respuesta es que no es completamente reproducible, y no lo es por una razón muy sencilla: La realidad no es racional, sino que es totalmente Irracional, lo que significa que ella no es Homogénea, como pretende la Razón, sino heterogénea y tampoco Continua, sino discontinua, de tal modo que no se puede sino Racionalizar, lo que significa, transformar lo discontinuo y heterogéneo en Continuo y Homogéneo. Pero esto significa ya una transformación y por lo tanto una imposibilidad de Captar a la realidad con éste tipo de concepción del conocimiento. La ciencia, en tanto una explicación racional del fenómeno social, natural o formal, transforma la realidad.

El primer objetivo, por lo tanto, está cumplido, en el sentido de que es insostenible plantear la existencia de un conocimiento como una reproducción de la realidad, lo que significa que no es sostenible que con el puro método de la ciencia natural sea suficiente para tratar a la realidad completa; el método naturalista es un modo de conceptualizar a la realidad, por lo tanto es perfectamente posible que exista otro. ¿Y cuáles serían entonces las características del método Naturalista, su forma de conceptualizar la Realidad?

1. - Busca la formación de Conceptos Universales de manera que la descripción que hace de la realidad es una descripción generalizante, una descripción que atiende a las relaciones comunes entre los objetos.
2. - Es una conceptualización cuya estructura primordial es establecer relaciones de comunidad entre las especies en función de la explicación Causal de los fenómenos.
3. - Es una explicación de tipo Kantiano, es decir, determinista de la realidad y del conocimiento, lo que significa que el rol activo en el acto de conocer lo coloca el sujeto en una posición trascendental, no hemos de estar nos a los hechos sino que hemos de imponernos sobre ellos a partir de la convicción de que tal cosa es posible y exigible porque la ciencia es Objetiva: Capacidad para describir un fenómeno con independencia del sujeto observador.
4. - Es una labor predictiva: Pero la predicción sólo se asienta respecto de los elementos comunes o universales que es posible extraer de la realidad.
5. - Es una labor de carácter sistemático, lo que aquí significa, Inclusiva. En la Ciencia Natural la teoría más universal abarca, en una relación de superordenación, a la teoría menos universal o menos abarcadora de fenómenos. Esto es relevante porque nos está indicando que la ciencia Natural en tanto que hacer objetivo, es en si misma, un todo armónico en que los resultados de una Ciencia, la Química por ejemplo, no pueden estar en contradicción con los resultados de otra ciencia Natural como la Física; hay pues una relación piramidal y subordinante de conocimientos en que no puede uno estar en contradicción con otro.

Desde las propias características de la ciencia Natural surgen aquellos ámbitos que ésta no abarca y que se constituyen como el aspecto de la realidad que debe ser abarcado por otra ciencia que no sea la natural y que se vincule con aquello que los conceptos universales no circundan. Aquí aparece para Rickert la idea de Diferencia, esto es, aquello que está en los objetos Individuales pero que los hace irreductibles a otros Objetos, aquello que no los Iguala: Lo común está reservado para la ciencia Natural y lo diferente para una ciencia que Rickert va a llamar Ciencia Cultural; pues, ¿Qué es lo que hace diferente a un Objeto de otro? Su carácter de objeto Cultural que responde a una designación de Valores por parte de un sujeto de Cultura.

Rickert por tanto, ha contestado así a la primera interrogante acerca de la procedencia de que exista una Ciencia no Naturalista. El problema es que si bien podemos

asegurar que hay un ámbito de la realidad que no es abarcado por la ciencia natural, sin embargo, no podemos pretender que sobre ese ámbito sí se pueda hacer ciencia, pues ¿Puede haber Ciencia de lo no Universal, puede haber ciencia, al modo como la conocemos, de la diferencia? El primer obstáculo es que la ciencia se expresa en Leyes, que no puede haber ciencia sin leyes, y que las leyes son siempre universales, es decir, que abarcan a una clase como un todo, de manera que desde ya podríamos despachar por inoficioso el problema de la existencia posible de una Ciencia no natural que abarcase aquel factor no común de los objetos pues no podría expresarse en leyes. Pero a pesar de este considerable obstáculo Rickert busca su posibilidad imponiendo condiciones de Objetividad y no de Universalidad a esa Ciencia de la diferencia, y esas condiciones van a emanar del propio Objeto de estudio en su peculiaridad. Veamos:

En el Capítulo VII de su “Ciencia Cultural y Ciencia Natural” Rickert se va a plantear esta problemática pero dirá: “ Hay ciencias que no se proponen establecer leyes naturales, es más, que no se preocupan, en absoluto, de formar conceptos **universales**; éstas ciencias, son las ciencias históricas, en el sentido más amplio de la palabra. No quieren limitarse a confeccionar “trajes hechos” que les vengán bien a Pablo y a Pedro, es decir, quieren exponer la realidad – que nunca es general sino constantemente Individual – en su individualidad”. Pero el problema persiste porque la exposición de la Individualidad no puede quedar simplemente en un proyecto: Hay objeto, pero no tenemos la forma de acercarnos a él si lo que queremos – dice Rickert – es entender a los objetos y no simplemente dominarlos.

Lo que hace entonces Rickert es atenerse al Objeto Individual y colegir a partir de las peculiaridades del Objeto Cultural lo que debe ser su conocimiento. Y la peculiaridad fundamental es el hecho de que la Diferencia viene dada por el carácter Cultural de los objetos, cualquiera sean éstos. ¿ Que es eso de la Cultura? “Es todo lo producido directamente por el hombre actuando según fines valorados” (Cáp. IV Pág. 21. Lo que hace que un objeto sea Cultural entonces está inextricablemente relacionado con el hecho de que en él se deposite algún Fin y que ese fin responda a un valor. El Valor cualifica al objeto, imposibilita que nosotros podamos matematizarlo, desintegrarlo en partes. Desde ésta constatación nace la primera condición de la exposición científica de la Individualidad:

1. - Lo individual podrá ser expuesto científicamente siempre que el objeto que se investiga sea expuesto como un Todo. La totalidad es el requisito cualitativo que le impone el valor al objeto que ha de ser descrito.

Las ciencias naturales por su parte, además de no valorar a los objetos, no los consideran en el aspecto individual por cuanto referido a su calidad de entes irrepetibles, porque lo que Interesa de los Objetos es lo que ellos tienen de común con otros, es decir, a la Química no le interesa “ésta Manzana” sino “cualquier Manzana” existente en cualquier tiempo y espacio pues sus propiedades son predicables de una clase y no de una unidad. Y si ha de haber una ciencia cultural lo que tendrá que interesarle será el fenómeno en cuanto único e irrepetible. Pero ¿Qué clase de objetos culturales cumplen con éste requisito? Solamente los Históricos.

2. - De aquí nace la segunda condición de existencia de una presunta Ciencia Cultural: Los objetos sobre los que ha de versar serán aquellos que tengan el carácter de irrepetibles y únicos, y sólo pueden ser considerados como tales los hechos Históricos. De donde todas las ciencias culturales, si es que las hay, han de ser Históricas y de donde el Arquetipo de la Ciencia Cultural será la Historia.

Pero falta todavía que seamos capaces de plantearnos la problemática que emana de las condiciones antes expuestas: El problema de la presunta subjetividad de la ciencia Cultural que nacería del hecho de que, si lo que se va a exponer es un objeto Valorado según determinados fines y el valor es un elemento subjetivo, entonces, cada Historiador expondrá su objeto según su peculiar punto de vista, de donde habrá tantas ciencias culturales como Historiadores, no habría un criterio de objetividad. Por otro lado nos enfrentamos también a un segundo problema, el cual consiste en que también hay una multiplicidad inabarcable de objetos culturales como por ejemplo, una simple olla, una Jarra, un lápiz, que en tanto han sido valorizados, son objetos culturales y, por tanto, deberían ser estudiados por la ciencia cultural; Tal problema convertiría al objeto de la ciencia cultural, en un objeto difuso, fragmentario: es el problema de lo que Rickert llamará “Los valores directores”.

Con respecto a lo primero postula su concepto de la Avaloración: La avaloración es aquella necesidad en que se encuentra el Historiador de hacer una referencia a los valores que confluyen en la existencia irrepetible de determinados hechos históricos. Lo que se busca con éste concepto es que en la ciencia cultural haya un criterio de unificación de la forma de entenderse con los hechos de cultura reconociendo el valor que el sujeto de cultura ha colocado en un determinado objeto y describir el mismo. Así por ejemplo si en una determinada cultura la obra de arte de la misma se concentra en las distintas manifestaciones del Caballo han de registrarse los valores que esa cultura ha depositado en este objeto sin que pueda el Historiador describir al equino desde la valorización que él mismo le ha dado, como por ejemplo, servir de medio de transporte. Otro ejemplo lo encontramos en la independencia de un País en que el historiador, para hacer historia, tiene que avalorar, es decir, describir los valores que los distintos protagonistas de ese acontecimiento cultural han puesto en él, valores como Nacionalismo, conservadurismo, búsqueda de emancipación etc.

Con respecto a lo segundo, de lo que se trata es entender que a la ciencia cultural ha de moverla el afán de la objetividad y objetividad no debe confundirse con Universalidad pues el historiador alcanza la objetividad y por ende se supera la multiplicidad de opiniones divergentes acerca de los distintos valores concurrentes en un hecho, logrando aislar el valor **Director**. Reiterando entonces: La objetividad de la ciencia cultural radica en la capacidad de la misma de describir el valor directivo concurrente en un determinado hecho de cultura de manera que a partir de él se genera una pirámide jerárquica de valores constitutivos de los Bienes. Para continuar con el ejemplo de la Independencia de un país, la Ciencia cultural histórica lo que hace es derivar en una relación lógica a partir de un valor superrelevante lo que un hecho de cultura es esencialmente, de manera que con ello se produce una comunidad concurrente de las distintas perspectivas que los historiadores han tejido.

Desde aquí nace la tercera condición para que nos encontremos frente a una ciencia cultural:

3. - La exposición de un objeto de cultura ha de ser hecha desde una limitación investigativa básica: La función cultural de los bienes ha de ser descrita avalorísticamente y en cuanto a su estructura se ha de hacer en una relación piramidal en que la distinción entre los objetos esenciales e inesenciales de una cultura va a depender del valor directivo que concurra en un determinado Bien.

Lo que tenemos entonces es la exposición básica, sin entrar a discutir los territorios intermedios y otros dilemas de las ciencias culturales como su relación con el arte por ejemplo, de la ciencia Cultural, aceptada por unos y rechazada por otros. Aquí lo que nos interesa, sin embargo, son las consecuencias que su existencia tiene para el Derecho en tanto aceptemos que éste pertenecería a las ciencias culturales de manera que la ley no constituiría sino una descripción valorativa de determinadas conductas deseables de los individuos que pertenecen a una determinada cultura. Por lo tanto nos encontraríamos con ciertos desafíos cogitativos.

B.- LA EXISTENCIA DE LA CIENCIA CULTURAL Y SU SIGNIFICACION PARA LA CIENCIA DEL DERECHO

1. - Si el arquetipo de las ciencias culturales es la Historia, entonces el Derecho sería una ciencia Histórica, la cual, si bien no se restringiría a describir cuáles son los valores directivos que concurren en la producción de un determinado hecho histórico, de manera de poder explicar por qué un hecho histórico es más importante que otro, sin embargo, no podría renegar de su necesaria conexión con los Valores, de tal modo que el Derecho será la Ciencia de la determinación apriorística de la conducta valóricamente deseable de los individuos que componen una comunidad de intereses valorativos (cultura) determinada. El derecho sería reactivo y sancionaría porque establecería un parangón apriorístico entre la conducta relevante deseable y los resultados obtenidos.

2. - La ciencia del Derecho tendría que entender que jamás se podría hablar de un Derecho con el carácter de Universal (Un derecho Internacional) porque si la Historia no puede ser Universal, ya que sólo podría haber historias de Culturas, la pretensión de una unificación de todas ellas en función de reglas comunes es un imposible lógico de principio. Sin embargo, si en éste trabajo pretendemos no caer en las críticas fáciles o en las cosas hechas a medias no podemos sino aceptar que es un asunto discutible por cuanto al argumento de la imposibilidad de principio de un Derecho Universal se puede oponer el carácter meramente formal del Derecho en cuanto valoriza a priori la conducta deseable sin vincularse materialmente con la misma. La materialización del Derecho estaría dada en la sanción o el premio que son siempre potenciales pues el cumplimiento de la conducta deseada no lo materializaría; en un sentido formal por lo tanto no se ve el inconveniente que hay para la existencia de reglas comunes para la Comunidad internacional aunque habría siempre diferencias de tipo material en cuanto al tipo de sanción o premio aplicable al incumplimiento de la conducta deseable. Por lo demás, si nos atenemos a la exposición que hace Rickert del problema encontraremos que él mismo sostiene que la aceptación de la

existencia de una Historia universal va a depender de si aceptamos que existen o no valores con el carácter de universal, es decir, el asunto desemboca en una cuestión de tipo axiológica, de tal forma ocurrirá que quien tenga una concepción objetivista de los valores apostará por la existencia de una Historia Universal y quien esté en la posición contraria, en la subjetivista, jamás aceptará tal posibilidad.

3. - Como tercer punto deberemos hacernos cargo, en ésta interpretación del Derecho como una Ciencia Cultural, suponiendo que lo sea, de la problemática relativa a que; si el objeto de toda ciencia cultural es irrepitible y único, entonces ¿Cuál es ese objeto irrepitible y único del Derecho? Y si lo hay ¿Es histórico? Desde ya, no podemos sino aceptar que se nos empieza a dibujar la grieta que separa a ésta disciplina jurídica de la ciencia cultural pues si la norma regula una conducta deseable (Cualquiera sea el valor rector) no lo hace de una conducta pasada sino de una conducta existente en un determinado tiempo y espacio que es, a lo menos, presente, que se asienta sobre una potencialidad en cuanto a que dice: Debe ser A, de manera que impone una condición que nada tiene que ver con la distinción entre pasado, presente y futuro. Por otra parte cuando el Derecho regula una conducta lo hace genéricamente y sólo por excepción específicamente como por ejemplo cuando ordena que determinado funcionario público hará tal o cual cosa, con lo que no se estaría cumpliendo con esa irrepitibilidad y unicidad del objeto que exige la ciencia cultural. El Derecho no tiene como correlato material la irrepitibilidad de los hechos a los que se refiere, incluso, su supuesto es el contrario por cuanto su eficacia depende del anonimato con que trate a su objeto con fórmulas como “El que...” o “El vendedor debe...”

4. - En la argumentación de Rickert hay una consecuencia que emana de sus propios supuestos, la que consiste en que desde el momento en que los objetos son los mismos para cualquier ciencia, de tal modo que ellas se distinguen por lo que se busca en el objeto, entonces hemos de entender que en un Bien han de confluir muchos valores según sean los fines que el sujeto cultural deposite en ellos; por ejemplo, una vara para un cazador es un arma de ataque o defensa, en cambio para un cocinero es un leño que permite calentar algún artefacto para calentar los alimentos. En determinada cultura se simbolizó esa vara en función de su uso guerrero de manera que al valor director se lo ha de enfocar desde esa perspectiva, de donde el segundo uso de tal objeto no será esencial para la ciencia cultural y no habrá por tanto una historia de la Cocina de ese pueblo sino que la Historia va a versar sobre las guerras tenidas por ese pueblo en contra de otro. Pero ¿Y si hacemos una historia de la Cocina? Entonces nos encontraremos con que ello es posible en tanto determinemos el Valor que regirá a un determinado hecho. Rickert al respecto, y discutiendo el asunto, no acepta las historias Paralelas, es decir, frente a la objeción que se le hace respecto de que la elección del valor director es objetiva en tanto hay una sola historia de una cultura que determina la relación entre lo esencial y lo inesencial, sin embargo, no podemos negar que es posible construir una Historia Paralela a la Historia piramidalmente primaria.

El ejemplo que discute Rickert es el referido a Napoleón y su ropa en cuanto a que se le objeta que en una Historia de la prosecución política de un pueblo, la figura de Napoleón es relevante pero con respecto al mismo sujeto nosotros también podemos hacer una Historia de la Moda en cuyo caso Napoleón será el objeto pero el sastre de Napoleón va a tener una mayor relevancia que Napoleón.

De manera entonces que si el elemento determinante en la diferenciación cultural de un objeto es el Valor que se ha depositado en él, desde el momento en que es depositario de varios valores, unos más relevantes que otros, es posible que existan historias paralelas. Con respecto al Derecho sería relevante considerar que al pertenecer éste a las ciencias culturales, habría simultáneamente y respecto de una misma cultura (y no con respecto a otra, pues eso no sería novedad) más de un Derecho, o quizá con un argumento más depurado, habrá un Derecho Jerárquicamente más elevado que las ramas existentes a su respecto y que encarnarían valores secundarios (En cuyo caso el Derecho Constitucional gozaría del privilegio mayor en tanto representaría los valores directores de una cultura determinada, y los demás derechos serían paralelos a él y no derivados de él. El efecto práctico inmediato es que frente a la existencia de una contradicción entre una norma de derecho constitucional y una norma de derecho privado regiría pues el primero pues representa los valores directores. Esto de hecho ocurre aunque no por los motivos expuestos por una teoría del Derecho que emane de la posición de Rickert)

En lo consecutivo vamos a hilar respecto de las distintas aristas que tenga la disyuntiva dualista de clasificación de las ciencias en que el Derecho debe caber inevitablemente en alguna de ellas, a menos que renunciemos a ésta clasificación y propugnemos una Unidad transversal de la ciencia o aceptemos que el Derecho, dadas las características que tiene, como por ejemplo ser un apriorismo del comportamiento, no calza con lo que entendemos genéricamente por ciencia de manera que es una isla del conocimiento que compartiría más bien criterios metodológicos con las distintas ciencias pero no criterios acerca de la manera de concebir la realidad. Mario Bunge se asienta en ésta línea de entender la Ciencia, es decir, con multiplicidad de objetos y diferencias de fondo pero con rasgos comunes de principios metodológicos o formales y que serían los que le darían una figura unitaria a la Ciencia.

2. - EL PLANTEAMIENTO DE BUNGE.

Las dificultades que impone la distinción entre Ciencias de la Naturaleza y Ciencias Culturales surgen justamente del hecho de que Rickert basa su distinción rechazando el dualismo que imponía la oposición Naturaleza – Espíritu pero entrando también él en un Dogmatismo Dualista en tanto las disciplinas del saber o pertenecen a la Ciencia natural o a la cultural, o corresponden a un territorio intermedio pero sin que pueda darse la no pertenencia de principio a los parámetros impuestos ya a priori, y el derecho aparece en éste ámbito situado. A su vez, y lo anterior no es propuesto como crítica pues es muy difícil que le exijamos a un autor de principios del siglo XX que concibiera el concepto de “Sistema científico abierto”, idea que comienza a discutirse a mediados de siglo, en la proposición de Rickert no es posible manejarse con distinciones que alivien el peso del dogma como va a ocurrir en Bunge. En Rickert hay una forma de estar del objeto de estudio científico en términos de que los “Bienes” (objetos valorados) constituyen el objeto de la ciencia cultural, en cambio los objetos naturales des-individualizados constituyen el objeto de la ciencia Natural, de donde tenemos que concluir que no hay más territorio de la realidad que quede fuera de lo abarcado por la Ciencia Natural y Cultural juntas, por lo tanto, no cabe dentro de su argumentación la posibilidad de una ciencia que abarque otro ámbito de la realidad, y como los dos únicos terrenos de la realidad son abarcados por éstas dos ciencias, es indudable que los métodos de ambas

ciencias han de ser diversos y eso es justamente lo que no va a compartir Bunge pues éste autor insiste en la existencia de “Un sólo tipo de quehacer al cual le llamaremos ciencia, el cual se mantiene unificado debido a que los principios de procedimiento han de ser cumplidas por todas las disciplinas de la misma manera”. Para Bunge hay una sola ciencia porque hay principios comunes a todas ellas.

El punto de partida desde el cual debemos partir para entendernos con Bunge es que la ciencia es un quehacer **Instrumental**, y ello por cuanto se basa en el principio de la **Objetividad**, es decir, que la Instrumentalidad de la ciencia consiste en que ella y sus resultados cognoscitivos nada tienen que ver con una presunta vinculación de su quehacer con algún interés social, político o económico determinado. La ciencia es un saber independiente de lo que se hace con él, y esa independencia está dada porque el saber científico es Objetivo (No depende de interés particular alguno sino que está dispuesto para ser usado según los distintos intereses que confluyan en la existencia humana. Así por ejemplo, que el saber científico relativo a la estructura y composición atómica pueda ser usado en la construcción de una bomba atómica o de un mecanismo para tratar enfermedades es indiferente a la ciencia ya que el saber está ahí y lo que hagamos con él es una cuestión de tipo extracientífico. La ciencia es así un sistema de conocimientos, un sistema de saberes, no de haceres. Pero su carácter instrumental no se adquiere simplemente porque hay una disciplina que tiene un objeto determinado sino porque esa disciplina debe cumplir con requisitos para ser Instrumento, y esos requisitos son principios de Procedimiento que hacen que el quehacer de la ciencia pase por una serie de filtros de carácter formal que dan por resultado un producto final llamado: Saber objetivo.

En su texto “La Ciencia, su método y su filosofía” * éste autor argentino expone con admirable claridad, lo que podríamos llamar, una conjunción ecléctica de lo que es la Ciencia reuniendo las tendencias empiristas, racionalistas, del Positivismo Lógico y por supuesto del falsacionismo de Karl Popper en una unidad que resulta ser una ordenación de ese conjunto de posiciones acerca de lo que es la ciencia, pero trasladando la perspectiva dogmática a la aplicación práctica, es decir, al método, todo lo que resultaba expuesto como cuestión de tipo cognoscitivo. Lo que hay de Positivista Lógico en éste autor lo podremos advertir cuando veamos a ésta importante Teoría de la Ciencia en especial ya que requiere un capítulo aparte por tratarse del alero bajo el que surge la Teoría Pura del Derecho de Kelsen.

Partiremos, para que el orden de razones sea deducido y no simplemente justificado, del planteamiento general acerca de la ciencia de Bunge.

* El texto que utilizamos es “La ciencia, su método y su filosofía”, publicado por la Editorial Siglo XX, Buenos Aires, Argentina; 1952

1. - LA CIENCIA COMO PROCEDIMIENTO EN CUANTO EL FUNDAMENTO DE SU UNIDAD.

La inicial descripción es que la ciencia surge en cierta oposición a ciertas concepciones sociales como la de la Tradición, la obediencia la autoridad y la pretensión de que la verdad debe dársenos por revelación y no por Búsqueda. Lo opositivo radicara en que lo que caracterizará a la ciencia no será la **AUTORIDAD SINO LA VERIFICABILIDAD**. Esa verificabilidad, sin embargo, no se **DA**, en el sentido de que cualquiera de nosotros pueda tener una “ Gran Ocurrencia”, “una Idea” acerca del comportamiento de un objeto y podamos predecir lo que va a ocurrir con él y que realmente eso ocurra, el problema es que en tal caso no ha operado un conocimiento científico porque no he dado las condiciones de verificabilidad de la Hipótesis planteada. Por ello, según Bunge, para que un conocimiento sea científico, no basta con que sea verdadero, sino que debe cumplir además con el requisito de poder explicar cómo es que hemos llegado a saber que es verdadero, es decir, debemos poder justificar de manera lógica (causalmente explicativa) la relación existente entre la Hipótesis, la predicción que es consecuencia natural de ella y los resultados reales a que se refiere nuestra hipótesis. Sin embargo, la condición de la verificabilidad está enclavada en que lo que se verifica es la teoría, no los hechos, esto es, que lo que es verdadero o falso son las proposiciones y no los hechos, de manera que los enunciados que se van a verificar son enunciados referentes a la Experiencia o a signos. Por otro lado, la ciencia tiene determinados asientos sobre los que se funda procedimentalmente, pues, no todo se puede verificar; tiene que haber ciertos referentes conceptuales que constituyen el fondo sobre el que algo ha de ser explicado: se trata, claro está, de los axiomas científicos que no son susceptibles de ser juzgados con las categorías de lo verdadero o lo falso porque no se refieren a algo, sino que simplemente informan el procedimiento. Lo que se verifica o falsea son aquellos enunciados hipotéticos que establecen relaciones de tipo fáctico, que pretenden explicar algo distinto de ellos mismos, pero conceptos como por ejemplo Norte, Sur, Oeste, Número son inverificables ya que no se refieren a nada ajeno a ellos mismos, sino que será el enunciado fáctico quien podrá ser verificado o falseado.

Ahora bien, el conocimiento científico se construye de tal modo que no se parte de una verdad inicial que luego será simplemente comprobada sino que se parte de Hipótesis, es decir, de probabilidades. Por ello es que Bunge define a las Hipótesis como “Enunciado verificable que posee un grado de generalidad suficiente”, esto es, una proposición que es posiblemente verdadera y que se refiere a una clase determinada de hechos (no a todos o a cualquier hecho)

Y es justamente por la falibilidad del conocimiento científico que la ciencia necesita un Sistema de Control que permita garantizar básicamente la objetividad del conocimiento. Tal garantía es entregada por el “Método científico” el cual funciona tanto en referencia a la arbitrariedad subjetiva del individuo como en lo relativo al ámbito externo de éste, hacia la transparencia de lo que se hace. El método es más bien un sistema de control y no una receta infalible del descubrimiento: y controla principalmente dos cosas:

1. - Hacernos entender la forma de no caer en nuestros prejuicios predilectos, los cuales radican en la forma más íntima de concebir el mundo, en las expectativas que tenemos respecto de él, en los fracasos con que nos hemos golpeado etc. Se trata pues, de excluir a la subjetividad.
2. - También es un elemento que controla que el procedimiento sea correcto en cuanto a que exige que no haya inexactitudes en el cálculo.

De éste modo Bunge, a diferencia del Positivismo lógico, no pretende que el orden de los descubrimientos, es decir, que la forma en que se acumula el conocimiento científico sea exclusivamente lógico pues está conciente de que las pautas de invención no son lógicas sino psicológicas, por lo tanto, a las hipótesis científicas podemos llegar de muchas maneras, pero lo invariante va a ser la verificabilidad.

Existen dos grandes métodos que le dan el carácter de ciencia a una disciplina y que son: el método experimental y el teórico.

EL MÉTODO EXPERIMENTAL: Es la sujeción del objeto de experimentación a determinados estímulos controlados

Debemos atender a que en la definición de éste método con ciertas características que son relevantes en la forma en que va a entender éste autor a la relación entre los hechos y las hipótesis:

1. - Se plantea un problema que debe poder ser formulado específicamente: no se someten a prueba generalidades.
2. - Existe un control a priori del objeto de experimentación.

PASOS DE ÉSTE MÉTODO:

1. - Planteamiento del problema o de la laguna del saber de que se trata de experimentar.
2. - Reducción del problema general a un caso específico. Se trata de ser capaces de traducir el problema general a un caso específico de modo que la experiencia sea posible.
3. - Recolección de datos y análisis de los mismos, los cuales se efectúan conforme a las reglas de la estadística.
4. - Prueba de la hipótesis planteada. ¿Cómo se realiza la prueba?
 - 4.1. - Reconocimiento del conjunto de hechos a los que se refiere la hipótesis.
 - 4.2. - Establecimiento de las consecuencias particulares de la hipótesis planteada.
 - 4.3. - Búsqueda de soportes racionales: Forma de establecer rangos matemáticos en la formulación del modo de probar la hipótesis.
 - 4.4. - Búsqueda de soportes empíricos: Formulación del instrumental técnico con que se han de someter a prueba a las hipótesis.
 - 4.5. - Prueba de la Hipótesis. En éste caso los pasos son: a) Diseño de la prueba. b) Ejecución de la prueba. c) Elaboración de los datos resultantes. d) Conclusión a que lleva la prueba (No se trata de una conclusión final sino exclusivamente de la resultante probatoria)
5. - Introducción de las conclusiones en la teoría.
 - 5.1. - Comparación entre lo que ha sido predicho y lo que ha resultado fácticamente.

5.2. - A partir de lo anterior puede aparecer que nuestra hipótesis necesite correcciones, en cuyo caso se corrige o que no cumpla para nada con lo previsto, en cuyo caso se deshecha. El cumplimiento parcial hace que la hipótesis deba aceptarse como provisionalmente válida para los casos en que resulta exitosa.

5.2. - Como éste procedimiento deja siempre incógnitas o nuevas interrogantes deben establecerse las sugerencias acerca de cuál debe ser el trabajo ulterior.

6. - Extensibilidad del Método: Debe dejarse establecido hasta dónde podemos extender el método utilizado ya que el mismo es progresivo por ser autocorrectivo.

EL METODO TEORICO: En éste caso se trata de contrastar teorías contra teorías en términos de que la objetividad estará dada en función de la fertilidad explicativa de los hechos a que se refieren.

Características:

1. - Se trata del método propio de las ciencias sociales en que al tratarse de conductas humanas la proximidad de la explicación de ella no puede estar dada directamente ya que se perdería el objeto si se introdujera ahí el concepto de estímulo controlado (Aunque el positivismo de Comte y Durkheim en Sociología lo entienden así) y estaríamos frente a un determinismo social.

2. - La contrastación no está referida a los hechos (Conducta Humana) sino a otra teoría. Para que nos entendamos al respecto se trata de una relación de competición; v.gr, entre una teoría del Derecho como derecho legislado con un estado sancionador y una teoría del derecho basada en la venganza privada. Ambas teorías tendrán sus principios, sus consecuencias particulares y serán mayor o menormente acatadas por la comunidad a que se refieren tanto en cuanto a la cantidad como en cuanto a la coherencia en el cumplimiento de los fines socialmente autoimpuestos (fertilidad) de tal modo que la preponderancia de una teoría por sobre la otra la convertirá en más o menos objetiva. La necesidad de la prueba sin embargo es irrenunciable.

PASOS DE ÉSTE MÉTODO. (Sólo daremos a conocer los pasos que lo diferencian del experimental ya que difieren muy poco)

1. - En cuanto al punto de partida se debe estar claros en cuanto a que el investigador no puede pretender reflejar en forma Pura los hechos y tampoco la conducta, de modo que lo que hacemos es adivinar el mecanismo interno de los hechos observables (el cual no tiene por qué ser mecánico)

2. - Debe cumplirse también con la necesidad de especificar la Hipótesis general en casos particulares de manera que la referencia a los hechos se cumpla.

3. - Si de lo que se trata es de darle un tratamiento objetivo a la conducta se necesita seleccionar los factores pertinentes a los que la teoría se refiere de manera que se deben descartar los supuestos más plausibles que se vinculen con ella. Una teoría del Derecho no debe olvidar prospectivamente, v.gr, los fines que persiguen las personas al firmar un contrato y a partir de la mayor frecuencia de fines solevantar una doctrina acerca del modo de cumplir las obligaciones.

4. - Invención de las hipótesis centrales y de las auxiliares que puedan amoldarse a los hechos observados.

Sin embargo, hemos afirmado que hay una unidad en la ciencia ya que ésta se identifica en lo que se refiere a su carácter procedimental pues sigue ciertos pasos que están cimentados en principios, y éstos son:

1. - **CONTRASTABILIDAD:** Significa que para que una proposición tenga el carácter de científica debe poder ostentarse en los hechos, compararse con ellos o designar cuáles son las condiciones que hacen que una hipótesis funcionará de tal o cual manera. Una proposición como: “Dios es el principio incondicionado de todo lo que es”; en cuyo caso la idea de principio incondicionado y de Dios no son susceptibles de demostración alguna en los hechos. Pero si emito una proposición general como: “Todos los animales que pertenecen a la clase de los mamíferos tienen un período de aprendizaje mamatorio”; en cuyo caso sí puedo definir lo que entiendo por Mamífero, animal y aprendizaje por lo que puedo contrastar particularmente ésta hipótesis de carácter general. Se critica habitualmente a las teorías de tipo religioso y metafísico el hecho de que ellas no cumplen con éste principio.

2. - **PREDICTIBILIDAD:** A partir de la teoría deben emanar consecuencias que ella misma debe ser capaz de determinar desde su propia constitución o mecanismo, de manera que se adelante a la ocurrencia de los hechos (aunque sólo se trate de lo que ellos tienen de predecibles) con un rango de exactitud que no baje de lo que se entiende por Normal. Con mucho, ocurre que la teoría se prueba en tanto sus consecuencias concuerden con la ocurrencia real de los hechos.

3. - **METODO:** Son reglas acerca del procedimiento invariantes, claras y precisas que evalúan, controlan o dirigen una investigación. En lo que puede haber discordancias es en el hecho de la función que cumple el método pero no en cuanto a su existencia. Para quienes lo postulan como un elemento evaluativo, el método es posterior al descubrimiento en términos de que él sólo tendría un sentido demostrativo, verificador de algo que ya sabemos, para quienes lo ven desde la perspectiva del control tendrán claro que el método es siempre el mismo para una disciplina y permite la comunicabilidad y, por tanto, el cotejo de los resultados obtenidos en función de los resultados esperados; y para quienes lo ven desde la perspectiva directiva lo vislumbran como aquel proceder que permite el descubrimiento, caso en el cual se funde en un sólo concepto la materia de lo que se trata y el procedimiento con el que se lo trata (ésta es una orientación racionalista)

4. - **TRASPARENCIA:** Es uno de los principios más importantes de la ciencia en cuanto la separa de la Magia y de la religión y que consiste en la necesidad en que se encuentra una disciplina de dar cuenta de cada uno de los pasos que guían la investigación de tal modo que ésta sea reproducible. La transparencia es aquel requisito que permite que un determinado descubrimiento pueda ser repetido en cualquier lugar del orbe dadas las mismas condiciones proporcionadas por el primer investigador. Se trata del requisito antidogmático de la ciencia. La ciencia no vale por los resultados sino por posibilidad de reproducir indefinidamente los mismos, y eso sólo es posible en tanto se pueda alcanzar la transparencia.

5. - **DEMOSTRATIVIDAD:** Un conocimiento es demostrativo cuando se puede reconvertir a sus principios. En las llamadas ciencias formales se trata de resolver las derivaciones teóricas a los supuestos axiomáticos, en las ciencias naturales se busca que la descripción

teórica concuerde con las características del sujeto experimental y en las ciencias sociales se debe lograr que la teoría general más fértil concuerde según un principio estadístico con el comportamiento mayoritario de las personas (en éste caso la teoría se demuestra por el resultado) De ahí que en Derecho una expresión como “amaos los unos a los otros” no podría ser una expresión con el carácter de científica ya que es incontrastable e indemostrable dado que no es registrable el fuero interno de un individuo y no conoceríamos quién actúa según éste principio y quién no.

6. - LIMITACION: Es el principio según el cual una teoría científica tiene inextricablemente un campo acotado de explicación más allá del cual se vuelve infértil. De manera que la función de una teoría para que sea científica jamás puede consistir en explicarlo todo. Las teorías científicas se pueden referir a hechos y a clases de hechos pero jamás a todos los hechos. Una teoría que abarque a otras teorías quizá podría unificar a todo el conocimiento pero entonces es discutible si se tratase de una teoría científica pues sería una teoría de una teoría, en cuyo caso el problema sería la ostentación (cuestión que, sin embargo, no consideramos sea susceptible de ser discutida en éste trabajo)

7. - AUTOCORRECCIÓN: Otro principio relevante es el que postula que la ciencia genera sus propios mecanismos para enmendar el rumbo de sus asertos cuando éstos son imprecisos o degeneran en explicaciones inconsistentes con el sistema general de la ciencia. La autocorrección se realiza mediante el procedimiento contrastativo en que si una teoría que pretende explicar determinados hechos no los abarca por completo sino que sólo parcialmente, entonces deberá especializarse y tener validez únicamente respecto de los casos y con las limitaciones que le impongan aquellos ámbitos en que no pueda regir.

Los principios expuestos se constituyen como las piedras de toque de toda aquella disciplina que pretenda ser ciencia, y ya sea que los cumplan de una u otra manera, deben cumplirlos pues se trata de cumplir con el principio de la Objetividad.

2. - LA CIENCIA DEL DERECHO Y LOS DESAFIOS QUE IMPONEN LOS PRINCIPIOS UNIFICADORES ANTES EXPUESTOS.

La objetividad se genera formalmente, es decir, en cuestiones relativas al procedimiento. Las disciplinas que pretendan ser ciencias deben adecuarse a tales principios, ahora bien, qué preguntas surgen con respecto al derecho.

1. - Lo primero que aparece como cuestión relevante es que debemos distinguir, para poder orientarnos en el asunto, entre el Derecho como una actividad humana orientada a la regulación de ciertos vínculos interpersonales relevantes y en que se sanciona una conducta determinada autorizando, permitiendo o prohibiendo, actividad que no supone conocimiento, y la actividad descriptiva de quien conoce las normas y las organiza en un todo sistemático. Con respecto a lo primero, la actividad del legislador, que no se propone conocer sino imponer, tenemos que aceptar – con Kelsen – que no será ésta la disciplina que tendrá que cumplir con los principios antes expuestos ya que su función no es cognoscitiva, sino que se trata de la segunda actividad, de la actividad descriptiva. Con respecto a ello lo que nos interesa es dejar preguntas planteadas:

a.- Si es posible plantear tal distinción sin caer en la ilusión de una diferencia ficticia ya que desde una perspectiva racionalista la ciencia no es un conocimiento propiamente tal sino un manejo unilateral del sujeto con respecto a la naturaleza, de donde el criterio antes expuesto sería aplicable indistintamente a la ciencia del derecho y al derecho.

b.- La otra posición es que el supuesto del conocimiento es necesario a la ciencia y que por tanto del derecho no son exigibles los supuestos antes expuestos pero si lo son de la ciencia del derecho.

2. - En segundo lugar tenemos que considerar que si hay una unidad sistémica en la ciencia, entonces el derecho debe pertenecer a ella no en cuanto a su contenido sino en cuanto a la forma de producir su objeto de conocimiento (¿Debe un parlamento cumplir con los principios antes expuestos para producir la ley o debe cumplirlos el jurista al describir sistemáticamente la ley producida?)

3. - La ciencia tiene un carácter instrumental ¿Lo tiene también la ciencia del derecho, el derecho, ambos o hay características en el mismo que hacen imposible presentarlo como ciencia? En la proposición Kelseniana la respuesta será afirmativa pues en la ciencia del derecho para éste autor se trata de un conocimiento, y de un conocimiento instrumental en tanto es positivo, es decir, en tanto se atiene al derecho puesto por actos de voluntad humana y lo describe, sin pretender involucrarse en los fines que quienes producen el derecho se hayan impuesto, esto es, la ciencia del derecho ha de excluir la Ideología. La respuesta a la Instrumentalidad, que será vista en Bobbio, Hart, Cossio y Kelsen, es relevante por cuanto en ella se asienta la objetividad de la ciencia del derecho.

4. - ¿Cómo cumple la ciencia del Derecho con la verificabilidad y con la contrastabilidad? La verificabilidad se asienta en el hecho de que sea posible la prueba de las hipótesis, que podamos determinar fácticamente que lo que decimos se acomoda o no se acomoda a los hechos; ¿se puede probar la eficacia de una ley si la misma se construye estructuralmente como un vaticinio auto-cumplido, o sea, si ella misma produce el comportamiento de los hechos (de los individuos con la amenaza de la coerción)? ¿Es hipotética una ley? Tendemos a pensar que no porque no nace como una apuesta que dependerá de la reacción popular sino que nace impositivamente siempre. Pero es perfectamente posible pensar en un parlamento en que la ley sea un producto final de muchos estudios que pasan a ser las hipótesis, de ahí el trámite de la discusión de un proyecto de ley en que el resultado más plausible es el producto final.

5. - ¿Cómo cumple el derecho con el principio de la Autocorrección y de la limitación? En lo relativo a la ley la problemática se centra en que si nosotros pensamos en el concepto de ley, de inmediato lo vinculamos con la idea de Universalidad y uniformidad (para todos y por igual para todos). Aparece entonces que la idea de Ley es excluyente de la limitación, de la validez parcial; sin embargo, ese es un escollo aparente pues en lógica sabemos que lo universal lo es en función de aquello que tomemos como el universo, que el universo en cuanto conjunto es relativo a la clase de que prediquemos el rasgo en común, así, puedo decir “Los alumnos” y también decir “los cuarenta alumnos” y en ambos casos estoy predicando universalmente de una clase; puedo tomar al número 1 como un universo y también como una parte de 100. De manera que tendremos que determinar aquello a lo que nos referimos cuando hablamos de universal pues ello no se referirá exactamente a una

cuestión meramente extensiva. Limitación y universalidad no son contradictorios lógicamente pero sí extensivamente.

Con respecto a la auto-corrección, lo que me parece relevante es que en la ciencia no es posible renunciar al error, a la falibilidad y, por tanto, necesidad de perfeccionar constantemente las teorías precisándolas (y dando pie con ello a las especialidades, a pasar, desde una teoría general de la biología a una teoría neurobiológica y, por tanto, a un conocimiento específico) La pregunta es entonces ¿Hay cabida para el error en la ciencia del derecho o en el derecho? ¿Podemos construir una teoría del error y su función en la ciencia del derecho? ¿Responden los derechos especializados, como el derecho laboral o el derecho marítimo a la problemática del error o a una cualidad especial del objeto al que se refieren? ¿Hay un mecanismo, producido por el propio derecho para corregir una ley, para aceptar que es errática? ¿Hay leyes error?

6. - ¿Se aplica en la ciencia del derecho o en el derecho el método experimental o el teórico?. Si se trata de éste último ¿podríamos hablar que se trata de contrastar derechos contra derechos? ¿Hay contraposiciones teóricas en un mismo derecho?

Se trata entonces de perfilar las alternativas y cuestiones de disputa que nos ofrece la existencia del derecho como un quehacer social en tanto lo que busca es la objetividad de manera que tal opción será más o menos factible en función de la ubicación que le logremos dar a ésta disciplina, ya sea que concluyamos en que es una ciencia o en que se trata de un hacer radicado en otros supuestos e intereses. En ambos casos no pretendemos que hay una ventaja del uno sobre el otro sino simplemente que se trata de ordenes explicativos diferentes.

UNIDAD SEGUNDA

A.- EL POSITIVISMO LOGICO

Es una concepción general acerca de la realidad según la cual la validez de un conocimiento se determina por su precisión lingüística, ostentación fáctica y control lógico de las proposiciones que se consideran cognoscitivas.

A partir de ésta definición meramente enunciativa que hemos dado deseamos configurar un concepto de ésta teoría de la ciencia tan importante e influyente en el siglo XX y que sigue y seguirá teniendo un tremendo influjo en la forma en que entendamos lo que es la objetividad científica y los requisitos que necesita una disciplina para que sea entendida como ciencia.

Para partir tenemos que volver al tratamiento que hemos hecho del empirismo y del racionalismo en el sentido de ubicarlos como los antecedentes que ha tenido el positivismo lógico para constituir una reacción a éstas formas de entender el conocimiento y por ende la ciencia. El problema básico: **que ambas doctrinas son resultantes de la confusión entre el fundamento psicológico y el fundamento lógico del conocimiento.** Y para el positivismo lógico, si ha de haber una discusión acerca de la validez de la ciencia y del conocimiento objetivo, ésta ha de tener que atenerse al campo lógico del conocer y no al fundamento psicológico del mismo*.

Brevemente hemos expuesto la matriz desde que parte el positivismo lógico, el cual, desde el punto de vista de la teoría del conocimiento, asume los principios empiristas, de manera que deberemos recordarlos ahora. Lo importante del planteamiento inicial es que el positivismo lógico se constituirá en una crítica de todo racionalismo e idealismo (Ideologías según Kelsen) y distinguirá de una manera radical a las proposiciones Científicas de las proposiciones Pseudo-científicas (metafísicas)

CARACTERISTICAS DEL POSITIVISMO LÓGICO.

1. - Una concepción del conocimiento humano como representativo y del lenguaje como una representación del mundo.
2. - Una concepción inductivista en lo relativo a la justificación de los enunciados científicos.
3. - El desarrollo de una teoría del significado en términos de que la representación del mundo a ha estar completa en el lenguaje y lo que éste no represente no es predicable como existente.
4. - Una concepción facticista y no inmanentista del fundamento del conocimiento, un empirismo cognoscitivo.
5. - Un principio intersubjetivista acerca del uso correcto del lenguaje.

*Con respecto a la exposición del positivismo utilizamos el texto de Víctor Kraft "El círculo de Viena". Editorial Taurus. Madrid. 1977. Es también recomendable el texto de Rudolf Carnap "La refutación de la metafísica mediante el análisis del lenguaje".

DESCRIPCION DEL POSITIVISMO

En la partida se produce la constatación de que cuando se trata de la ciencia de lo que hablamos es de un conocimiento objetivo. Pero hay múltiples actividades humanas que se pretenden objetivas, es decir, que desean atribuirse la calidad de prescindir del sujeto observador cuando examinan su objeto, sin embargo, ellas en su mayoría se asientan en un conjunto de supuestos subjetivos, esto es, no susceptibles de ser compartidos en principio por la comunidad de hablantes, pero en todos los casos lo común es que se utiliza un lenguaje, una forma comunicacional. ¿Qué es el estado? – dicen unos - ¿qué es lo que debo hacer? – dicen los otros - ¿por qué el ser y no la nada? – gritan los de más allá - ¿Qué es el hombre? ¿Qué es el universo? – balbucean los del final -. Ninguno de éstos individuos se ha hecho una pregunta bien básica: ¿Estoy utilizando correctamente el lenguaje al preguntar tales cosas? , o sea, ¿Es adecuado el lenguaje de que dispongo para hacer tales preguntas, fue hecho para eso?. Si yo digo por ejemplo: “El hombre es un ser racional” estoy pretendiendo que puedo reflejar la entidad de una cosa con independencia del sujeto que lo describe, que reflejo lo que algo “es” en si mismo, pero olvido que eso del “ser” es un juicio de existencia, de afirmación meramente y no de conocimiento; Es decir, no podemos abstraernos a nosotros mismos de los juicios de existencia, y no podemos, pues no hay demostratividad posible. Lo único que podemos hacer es decir cómo algo funciona, lo que algo está haciendo, lo que en éstos momentos se está registrando: sólo podemos con un cierto grado de objetividad **describir hechos o clases de hechos determinados**. Y eso es precisamente lo que hace la ciencia; se atiene a la simple descripción de hechos.

De ésta forma entramos en uno de los principios trascendentales del positivismo lógico: la exigencia de atenerse en lo relativo al conocimiento a la descripción de hechos (lo que nos permite entender el sentido del positivismo de Kelsen cuando nos dice que la ciencia del derecho sólo puede aspirar y debe atenerse a la descripción del derecho existente sin manifestarse respecto de lo que el derecho debe ser o juzgando si hay un derecho más o menos correcto que otro)

La descripción de los hechos se hace con un lenguaje, con un sistema de signos que nos permite representar el mundo que nos rodea, incluso, no hay más que éste conjunto de signos representadores, no podemos pretender que exista otro instrumento de representación; no podemos decir por ejemplo que hay un lenguaje y que hay un pensamiento que se manifiesta en el lenguaje pues estaríamos abriendo la posibilidad de una duplicidad representativa de que no podríamos dar cuenta porque ¿cómo podríamos decir que con el signo X represento a tal objeto o hecho y luego decir que con Z represento a su vez a X? Sólo si acepto que Z es un inostentable, un concepto al cual no le corresponde hecho alguno. Los conceptos generales se pueden utilizar pero siempre que cumplamos con ese irrenunciable principio empirista según el cual las ideas han de poder ser siempre reducidas a hechos o a complejos de hechos. Al positivismo le parece extraño que una persona pueda emitir frases como: La verdad es incondicional, el fundamento originario de la existencia es el ser, lo que es, es y lo que no es, no es, etc. y además pretendemos que tales frases constituyen conocimientos. ¿Y qué es lo extraño de éstas frases?

1. - que parecen constituir conocimiento. (incitan al engaño)
2. - que parecen referirse a algo. (incitan a pretender que podemos llegar a algún acuerdo subjetivo respecto de lo que representan)
3. - que están bien construidas gramaticalmente (hay un sujeto, una cópula verbal y un predicado por lo que desde la perspectiva lingüística parece que no podemos hacer reparo alguno a su corrección)
4. - que suponen una autonomía significativa del lenguaje (que puedo utilizarlo sin limitaciones, que puede haber preguntas respecto de todo y respuestas para todo)

El problema radica en que el lenguaje nos permite utilizarlo casi de cualquier manera, haciendo gala nuestra subjetividad de todas sus capacidades creativas (como ocurre con la utilización que hace la poesía del lenguaje, contra la cual el positivismo no tiene ninguna suspicacia salvo la de pedirle que no pretenda constituir conocimiento) Ello implica que si lo que queremos es describir objetivamente los hechos tenemos que utilizar el lenguaje respetando ciertas reglas que tiendan a evitar la subjetividad y la ambigüedad, factores ambos que imposibilitan un correcto uso del lenguaje, lo que significa aquí, un uso adecuado al conocimiento. De aquí nace el segundo parangón del positivismo lógico: Que si de lo que se trata es de un conocimiento objetivo debemos depurar el uso del lenguaje y hacerlo apto para describir hechos y nada más que eso. Nace de esta manera la justificación del interés positivista por el lenguaje, el que ha inducido a sus críticos menos afortunados a decir que el Positivismo es un reduccionismo simplista al pretender que todos los problemas son problemas lingüísticos como si el problema de la ciencia y de la metafísica consistiera en que no sabemos hablar. Sin embargo, de lo que estamos hablando es de que el positivismo reconoce que con el lenguaje nos representamos al mundo y que si queremos que esa representación constituya conocimiento debemos regularla para que podamos compartirla, pues, v.gr, no podemos aceptar que sea posible otorgar más de un signo (representación conceptual) a un mismo objeto pues entonces no habría una designación común, de ahí que la regla de oro del positivismo sea: a un hecho, un signo. (Éste es el fundamento, que no está explicitado en Kelsen, de que la ciencia debe ser rigurosa cuando se trata de precisar los términos, las palabras y el modo en que han de ser usadas, de tal forma que a un signo le corresponda un hecho o complejo de hechos. Palabras como Estado, soberanía, norma, ley, permisión, delito, pena etc. tienen que tener un y sólo un correlato significativo; y los escritos positivistas se dedican por entero a despejar el uso o correcto uso de los términos que han de ser utilizados en la descripción de hechos, de comportamientos, de lo que se puede registrar, y en palabras de Wittgenstein, de lo que acaece. Y es en ese intento por precisar los términos buscando un uso común a todos ellos que aparece una Teoría del Estado, de la Ley, de la Pena, deber etc.; y por ello justamente es que se tiende a ver en el positivismo lógico la soberbia de despachar todos los problemas como problemas acerca del uso del lenguaje y a ridiculizarlo poniendo en boca de Carnap, Schlick, Nagel, Neurath, Russell o Kaila una frase de éste tipo: Los dolores de estómago son un problema relativo a cómo usamos la palabra dolor y estómago; e increíblemente es así porque si el término dolor y estómago son utilizados de forma ambigua e imprecisa en el sentido de no establecer con claridad el órgano designado ni el tipo de malestar sentido, un dolor de estómago nos oculta un cáncer. Como decimos que la dipirona remedia un dolor, ingerimos dipirona y nos morimos en unos cuantos meses: increíble, nos hemos muerto de una enfermedad remediable por usar mal nuestro lenguaje. El intento kelseniano, especialmente en su texto

“Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der lehre vom Rechtsatz” que se traduce algo así como “los principales problemas del derecho estatal desarrollados desde las proposiciones jurídicas”, consistirá principalmente en eliminar la saturación de significados con que ciertos conceptos están cargados: el Estado es receptáculo de una concepción Jurídica y de una concepción política, el derecho lo supone por lo que no podemos prescindir de él, pero ¿cómo entenderlo sólo jurídicamente? Eso es lo que busca la teoría pura del Derecho. Positivamente diremos que la Teoría Pura es una teoría acerca del uso correcto del lenguaje jurídico)

Tenemos entonces que es necesario dar reglas acerca del uso correcto de los signos, pero antes hemos dicho que el positivismo surge como una teoría del conocimiento, una teoría que ha denotado que no es posible pretender fundamentar a la ciencia en ningún principio subjetivo de certeza (con más precisión, oponiéndose a la intuición racionalista cartesiana del Cogito, ergo sum y a los Juicios sintéticos a priori kantianos), y no lo es porque los principios subjetivos desembocan irremediabilmente en un solipsismo cognoscitivo del sujeto observador en que no está justificado el conocimiento empírico y porque por otro lado se parte siempre de principios deductivistas injustificables en la experiencia, la ciencia no simplemente deduce enfermedades sino que tiene que describir síntomas para luego actuar sobre ellos, tiene que partir de los hechos. Lo problemático es que si bien podemos dar reglas metodológicas acerca del uso del lenguaje, sin embargo, esas reglas tendrían la limitación de entender al lenguaje como un conjunto de signos sin articulación alguna, de manera que sería un análisis parcial del lenguaje (tendríamos un conjunto de palabras referidas a algo específico pero sin conexión entre ellas) y lo que ocurre en realidad es que en el lenguaje se representan los hechos mediante **conceptos y enunciados que requieren un análisis lógico del mismo en tanto se requiere un lenguaje unificado**. La necesidad de un lenguaje unificado para la ciencia de manera que se puedan simbolizar las relaciones conceptuales es lo que hace que se deba desarrollar una sola lógica del lenguaje científico, dicho en otras palabras, se requiere dar cuenta de la estructura lógica del conocimiento científico y la Teoría de la ciencia consiste justamente en esa lógica. Así, cuando hablamos de la ciencia del derecho estamos hablando de la lógica del derecho en tanto hay una sola estructura de la ciencia y por ende una sola estructura del derecho.

Resumiendo entonces, hay tres áreas o ámbitos hacia los cuales se va a dirigir el análisis del Positivismo lógico:

1. - A situar al conocimiento en el consistir en una descripción de hechos.
2. - La descripción de hechos se hace mediante el lenguaje por lo que es necesario depurarlo a través de reglas metodológicas que lo hagan apto para describir hechos.
3. - Los conceptos y enunciados constitutivos del lenguaje de hechos son generales por lo que se necesita una lógica de los mismos.

PROCEDIMIENTO DEL POSITIVISMO LÓGICO.

No es el objetivo de éste trabajo exponer pedagógicamente la lógica proposicional pero lo trataremos de hacer igual como una forma de entender el razonamiento de ésta teoría de la ciencia. En primer lugar podemos partir de la siguiente oración ya tan conocida por los lógicos: “ María canta y Juan baila”. La frase primero que nada dice algo, es decir, ostenta algo, muestra un comportamiento que nosotros podemos registrar si definimos lo que es un sujeto y sus atributos junto con los conceptos de cantar y bailar, ello, es materia de los primeros dos puntos establecidos más arriba, esto es, que la frase sea descriptiva y que demos las condiciones de su correcta comprensión. Pero ésta frase aparentemente simple es sumamente compleja si lo que queremos con ella es establecer un vínculo entre dos hechos pues estamos usando una conectiva; la Y. Para el positivismo lógico, al utilizar ésta partícula estamos usando una **forma lingüística**, una conexión que no indica nada en si misma, que no refleja hechos, o sea, que estamos frente a un gran descubrimiento: El lenguaje contiene partículas significativas y partículas no significativas. La existencia de éstas partículas no significativas constituye la Lógica del lenguaje, es decir, formas de vincular los significados y que son **invariantes, encontrables del mismo modo en cualquier conexión lingüística y cualquiera sea el idioma utilizado por lo que ellas tendrán una sola lógica**. No hay, como quería Kant, Categorías o conceptos puros con los que pensamos la realidad, algo así como patrimonios propios de la razón con los que nace el sujeto trascendental, v.gr, la causalidad, la existencia, la negación, la limitación etc. sino que las formas con que pensamos la realidad están en el lenguaje mismo y son perfectamente analizables lógicamente. Desde éste gran descubrimiento los positivistas lógicos pueden irse a dormir tranquilos para abocarse mañana a la tarea de desentrañar en qué consiste ésta lógica.

El profesor Bertrand Russell y Frege se levantan temprano y comienzan la tarea. Tratemos de explicarla:

Cuando hablamos lo hacemos relacionando los signos con que designamos a los objetos; decimos por ejemplo, si vienes mañana, entonces te ayudaré con la tarea (condicional) o té quedas o te vas (disyunción), cantas o bailas (alternación), yo estudio y tu flojeas (conjunción), voy sólo si tu vas (implicancia o bicondicional), es decir, estamos categorizando posibilidades que pueden presentar los hechos en cuanto a su comportamiento y en todos los casos podemos simbolizar las relaciones establecidas, es decir, para la conjunción “yo estudio y tu flojeas” podemos utilizar símbolos que reflejen cualquier contenido significativo que le podamos asignar a la conjunción, Russell utiliza los signos P y Q para reflejar ésta relación; Así $P \cdot Q$ es la expresión simbólica de cualquier relación conjuntiva.

De éste modo, podemos designar simbólicamente para todos los tipos de relaciones existentes los siguientes vínculos:

1. - Conjunción: Vínculo lógico en que se establece una relación de unidad afirmativa entre dos hechos o complejos de hechos. $P \cdot Q$. Ej: Canto (P) y bailo (Q)
2. - Alternación: Vínculo lógico que refleja la ocurrencia posible de dos o más hechos juntos o separados. $P \vee Q$. Ej: Cantas (P) o bailas (Q)

3. - Disyunción: Vínculo lógico que refleja la imposibilidad de que dos o más hechos ocurran juntos sino que, al darse uno, no puede darse el otro. $P \vee Q$. Ej: o cantas o bailas.
4. - Condicional: Vínculo lógico en que dado un determinado hecho se siguen de él necesariamente otros u otro. $P \rightarrow Q$. Ej: Si cantas(P), entonces bailo (Q). Debemos atender especialmente a ésta conectiva lógica en tanto es ella la que refleja la causalidad y la imputabilidad con la partícula agregada “Debe”.
5. - Bicondicional: Vínculo lógico en que se refleja que dos hechos se requieren de manera necesaria mutuamente. $P \leftrightarrow Q$. Ej: Canto(P) si y sólo si (Q) tu bailas.

Los vínculos lógicos y constantes están dados, ahora, tenemos que entender cuáles son sus reglas en cuanto a que ellos establecen una relación con los hechos ya que en sí mismos nada dicen por lo que no pueden ser analizables. Ahora bien, su forma de relacionarse con los hechos es que las formas lógicas del lenguaje mientan todas las posibilidades que tienen los hechos de vincularse entre si, así, puede ocurrir en el caso de la conjunción Juan Canta (P) y María Baila (Q) que ocurra P y ocurra Q, que ocurra P y no ocurra Q, que no ocurra P y sí ocurra Q, y por último que no ocurra P ni Q. Esas son todas las posibilidades que pueden darse, es decir, la lógica contiene todas las combinatorias posibles que puede haber entre los hechos, pero en lo referido a la realidad sólo puede darse una de esas posibilidades. Cuando la relación entre el símbolo y la ocurrencia del hecho se da entonces estamos ante la verdad V y cuando la relación no se da estamos ante un esquema contradictorio o falso F. De éste modo podemos representar la ocurrencia o no ocurrencia de todas las posibilidades de combinatoria entre P y Q de la siguiente manera:

1. - CONJUNCIÓN: Es el vínculo lógico en que se establece una relación de unidad afirmativa entre por lo menos dos hechos. Para que la relación sea verdadera, es necesario que ambos elementos de la relación lo sean pues sólo entonces se da la unidad.
Esquema:

Juan canta y María Baila

P	·	Q	
V	V	V	ocurre P y ocurre Q; conjunción verdadera.
V	F	F	ocurre P pero no ocurre Q; conjunción falsa.
F	F	V	no ocurre P pero si ocurre Q; conjunción falsa.
F	F	F	no ocurre P ni ocurre Q; conjunción falsa.

2. - ALTERNACION: Dada la definición antes expuesta, para que la relación sea verdadera basta con que uno de los elementos de la misma lo sea.

P		Q
V	V	V
V	V	F
F	V	V
F	F	F

3. - DISYUNCIÓN: Aquí, para que la relación sea verdadera, es decir, para que la relación formal refleje lo que acontece sólo uno de los elementos de la relación debe darse.

P		Q
V	F	V
V	V	F
F	V	V
F	F	F

4. - CONDICIONAL: En éste caso para que la relación sea verdadera se requiere que dado un antecedente tenga como consecuencia de él por lo menos un consecuente.

P		Q
V	V	V
V	F	F
F	V	V
F	V	F

5. - BICONDICIONAL: Como en éste caso los dos elementos de la relación se requieren mutuamente el nexos será verdadero en tanto ambos tengan el mismo valor.

P		Q
V	V	V
V	F	F
F	F	V
F	V	F

El positivismo lógico ha dado con el extraordinario descubrimiento de que podemos reducir a unos pocos esquemas lógicos todas las posibilidades que tienen de darse los hechos y con ello además abarcar simbólicamente (sin caer en la trampa de los contenidos lingüísticos) a todas las formas que tenemos de enunciarlos entendiendo por fin que las formas no se ocultan al lenguaje sino que están en él mismo. El trabajo consiste ahora en que puedan ser aplicadas éstas reglas a las proposiciones cognitivas que vayan a tener el carácter de científicas (el análisis se centrará en el condicional pues es el esquema de la causalidad y de la imputabilidad)

El punto de partida es denotar que cuando nos referimos a los hechos lo hacemos utilizando una de las posibilidades que nos entregan los esquemas lógicos antes expuestos, así, decimos por ejemplo “si llego a la fiesta, entonces Juan estará bailando y María cantando” lo que en símbolos queda: $P \rightarrow (Q \cdot R)$ y apuesto a que ocurrirán las tres proposiciones de manera que el esquema analizado con las tablas de verdad y con ocho variables porque son tres proposiciones será:

P		(Q	·	R)
V	V	V	V	V
V	F	V	F	F
V	F	F	F	V
V	F	F	F	F
F	V	V	V	V
F	V	V	F	F
F	V	F	F	V
F	V	F	F	F

Dadas las reglas de la combinatoria éste esquema nos dice que lógicamente hay más probabilidades de que lo que he dicho sobre los hechos ocurra efectivamente (5 variables verdaderas) a que lo dicho no ocurra (3 variables falsas). Por lo tanto en lógica funciona también la probabilística, pero también la lógica nos dice qué es lo que nunca podemos decir como posibilidad formal con respecto a los hechos del mundo: no podemos afirmar la partícula “Todos” pues entonces las variables serían infinitas y el análisis de sus posibilidades no sería factible o simplemente ocurriría que no se estarían reflejando hechos. (Por ello es que Kelsen insiste en que la norma tiene un carácter Hipotético desde el punto de vista lógico expresándose en la relación condicional, pues de lo contrario no reflejaría hechos. Hace falta eso sí en la obra Kelseniana una teoría de la ley desde el punto de vista lógico cuando ésta se presenta con la partícula “Todos los que... etc.” ya que eventualmente tendríamos que decir que éste tipo de enunciados no son lógicos sino psicológicos desde la perspectiva positivista a la que él mismo adhiere y que por ende no representan conocimiento sino imposición, lo que para el Derecho será una ventaja pues le otorgaría un sentido a la expresión de la ley mediante el “Deber”. El “Todos los que. deben” tendría, y eso es lo que se intentará demostrar en éste trabajo, una estructura aparentemente lógico Condicional – disyuntiva según el principio de la imputabilidad, sin embargo, si la intentamos reducir a un esquema lógico simbólico desaparece el sentido del vínculo imputativo y sólo queda una relación condicional igual a la causalidad, de donde no podemos sino concluir que la imputabilidad no tiene un esquema lógico, o mejor dicho, no es un esquema lógico. Pero ello lo veremos al discutir la relación causalidad versus Imputabilidad)

La lógica entonces va a exigir un determinado tratamiento de las proposiciones que se presenten con el carácter de científicas, y ello porque a priori, es decir, sin constatar lo que ocurre o no ocurre en los hechos, se pueden dar tres esquemas lógicos:

1. - La llamada Tautología: Esquema lógico en que para toda variable de la relación el nexo es siempre verdadero.

Ejemplo: El ser es. (Proposición clásicamente metafísica) . La podemos expresar en un lenguaje condicional y quedaría: Si hay ser entonces es; lo que en términos simbólicos quedaría así:

P	V	P
V	V	V
F	V	F

Como vemos, el condicional mismo es verdadero en ambos casos por lo que lo que la lógica está diciendo que para todos los casos fácticos posibles, las relaciones que tengan ésta forma son verdaderas a- priori siempre. La pregunta que el positivismo se hace es ¿Qué sentido científico puede tener una proposición que es verdadera a priori? Ninguno, puesto que si yo sé que algo es verdadero, entonces para qué voy a ir a experimentar con los hechos para determinar la calidad de verdadera o de falsa de una proposición respecto de la cual ya sé que es verdadera.

2. - La Contradicción: En éste caso nos encontramos con un esquema lógico que es a priori falso. El ejemplo: Juan canta y no canta.

<u>P</u>	·	-	<u>P</u>
V	F	F	F
F	F	V	V

En este caso la lógica nos indica que la ocurrencia de tal hecho es imposible, por lo tanto, usando del mismo argumento anterior no podemos sino concluir en que éste tipo de esquema no puede formar parte de los esquemas científicos. (A modo de comentario debemos precisar que en el caso del Derecho, en él se da una característica muy peculiar y que no encontramos como principio en las demás ciencias particulares como es el caso de que en Derecho rige el Principio de la Especialidad y no el de la no contradicción. Tal hecho implica que jurídicamente lo que hay es una jerarquía normativa de modo que, por ejemplo, no puede haber una contradicción entre la Ley y la Constitución, es decir, el principio Jerárquico y el principio de la Especialidad excluyen al principio de no contradicción de manera que hay dos reglas que debemos analizar y tener en cuenta:

A.- Un sistema de normas supedita a otro de manera que la interpretación del segundo no ha de conducir a conclusiones contradictorias con el primero. Ello regula el sistema interpretativo de manera que la norma de rango superior sirve de arquetipo interpretativo de la norma de rango inferior. En general el sistema normativo de mayor rango es el que contiene declaraciones de principios valorativos de tipo general y que condicionan el actuar de las normas de tipo procedimental (los reglamentos por ejemplo). Así, un principio de derecho como el que dice que “Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos” es una declaración de principios de orden general al que deben someterse las reglas relativas al cómo se ha de aplicar tal principio (en nuestro caso la ley y los reglamentos). Lo que hemos dicho parece no dar pie a problemas de tipo lógico, pero desde ya dejemos un par de cuestiones que veremos en Kelsen y que son dignas de ser pensadas por las consecuencias sociales que puede tener la decisión que se vincule con una o con otra:

a.- Qué ocurre cuando hay una contradicción entre una norma de igual rango que otra. (v.gr), entre una declaración respecto de la vida y otra relativa a la libertad

b- Cómo se resuelve un presunto problema que se genere entre el principio de la especialidad según el cual la norma más particular rige por sobre la universal y el principio jerárquico.

B.- La norma especial rige con preferencia por sobre la norma general: El fundamento de tal condición es que la norma especial se adecua más al caso que una norma general, así por ejemplo la Minería tiene ciertas características peculiares que hacen necesario que respecto de ella exista una ley especial que la rija. Y justamente es éste el principio que hace que haya especialidades dentro de la misma ciencia del derecho, o sea, las características especiales de una actividad exigen reglas exclusivas para ella. Eso distingue al derecho de las disciplinas naturalistas en que las especialidades surgen, según Bunge, por el hecho de que las teorías naturalistas científicas explican un ámbito acotado de hechos, generándose entonces la necesidad de que se construya una teoría científica distinta o paralela a la ya existente. (Sin embargo, pensamos que en lo fundamental ambos casos coinciden)

3. - La Consistencia: En éste esquema lógico el vínculo formal contiene tanto la verdad como la falsedad respecto de la ocurrencia real de las posibilidades que se dan en su interior. Ejemplo: Si corres entonces te cansas.

P		Q
V	V	V
V	F	F
F	V	V
F	V	F

En el caso expuesto hay una posibilidad de tres de que no ocurra lo que la relación condicional mienta. Entonces ¿Qué nos está diciendo la lógica? Que a priori no está resuelta la cuestión acerca de la falsedad o verdad de la frase expuesta por lo que **es necesario recurrir a la experiencia para dilucidarlo**. De modo que a partir de aquí podemos concluir que formalmente sólo los esquemas consistentes pueden constituirse como esquemas proposicionales con el carácter de científicos pues son los únicos que exigen una manifestación de la experiencia, que es justamente lo que se requiere como ciencia en tanto ésta ha de tratar de hechos. Y a esto es a lo que el círculo de Viena le va a llamar Sentido: Una proposición tiene sentido si es consistente lógicamente. La palabra significado la van a reservar para referirse a la ostentabilidad particular de una proposición, si puede referirse a algo.

Tenemos a grosso modo expuesto el procedimiento positivista básico en lo relativo a la lógica del lenguaje y por ende a la condición formal de las proposiciones científicas. Toda proposición contradictoria y tautológica es pseudo-proposición si lo que pretenden es constituirse como conocimientos (la crítica a la metafísica, a los sistemas religiosos y en el ámbito jurídico al Iusnaturalismo radica justamente en que éstos sistemas estarían compuestos de muchas proposiciones de tipo tautológico, que no requieren demostración fáctica pues suponen una circularidad argumentativa). Pero no está todo el trabajo hecho, ahora lo que necesitamos es saber cómo debemos utilizar el lenguaje en función del juicio lógico que hemos encontrado.

LA CUESTIÓN DEL LENGUAJE.

El principio básico es que el lenguaje es un sistema que utilizamos para representarnos hechos de donde la relación sería: a un hecho un signo (una representación) Si digo Agua estoy representándome al hecho que le corresponde, y no puedo utilizar el mismo signo representativo para referirme al Té por ejemplo. ¿Qué es entonces el lenguaje? Es la representación de un campo de objetos mediante un sistema de signos. Pero ¿Utilizamos el lenguaje correctamente? No, porque tenemos la tendencia a hacer dos cosas que no son aceptables:

1. - Hacemos referencia con un signo a más de un objeto (Eso ocurre con el concepto de Norma por ejemplo)
2. - Le damos a los signos una autonomía significativa: lo que significa que usamos los signos sin referencia a objeto alguno y pretendemos que lo que decimos tiene Significado igual; es decir, violentamos la teoría básica del significado. Eso lo hacemos cuando hablamos de “La verdad” a ciegas como si tal concepto en sí mismo fuera ya algo, o sea, le otorgamos características fácticas a lo que es sólo un concepto.

Con respecto a lo primero será necesario que cada disciplina científica establezca con rigor el modo en que han de ser utilizados los conceptos de tal modo que reflejen hechos y no se produzca la dualidad en los usos de las palabras. Con respecto a lo segundo es necesario precisar el concepto de significado y el concepto de hecho, de tal forma que no se produzca ese uso viciado del lenguaje que pretende que existe en él la posibilidad cognoscitiva de que funcione como la Representación de una Representación; de algún modo los positivistas ven al lenguaje como un mapa, es decir, podemos hacer mapas de zonas geográficas, de hechos, y en ese sentido los describimos, pero ¿Podemos hacer un mapa de un mapa? No.

El significado: Es establecer una relación simbólica entre un signo, o sea, entre una clase de objetos o un objeto de modo que el signo señale a lo designado y lo represente. Eso significa que no puede establecerse ningún significado cuyo objeto no pueda indicarse. Pero se produce el problema de que para explicar un significado lo hacemos con otro significado, de manera que no podemos regresar al infinito en las explicaciones; eso se salva estableciendo que finalmente se llega a indefinibles, a ellos, no se los demuestra con otro término sino que se muestra lo que se designa con ellos.

Los Hechos: Si el lenguaje ha de tener por única función el representar hechos en una relación uno es a uno para que estemos hablando de ciencia, entonces es necesario precisar éste concepto para que se entienda qué tipo de referente debemos buscar. Los hechos tienen que ver con aquello que podemos captar con los cinco sentidos, sin embargo, hay hechos cuyo registro no está determinado sólo por los sentidos sino que por la técnica, por instrumentos técnicos (un electrocardiograma por ejemplo) que nos dicen algo en tanto registran que algo acaece. Pero, ¿están todos los elementos que necesitamos para hablar de Hechos? Hay también la capacidad de los sujetos de producir hechos, y eso se hace ya directamente o estableciendo condiciones para su producción, las cuales por su parte pueden ser otros hechos o condiciones proposicionales; así por ejemplo para que se produzca una determinada reacción química tenemos una fórmula que condiciona a priori la

producción de un determinado hecho, y podemos decir que esa fórmula es un hecho en tanto son registrables sus efectos, esto es, en tanto funciona (relación del positivismo lógico con el funcionalismo y también con el formalismo Ruso del círculo de Praga). Hay por tanto tres ámbitos hacia los cuales se ha de orientar la definición del concepto de hecho:

1. - Hacia lo que registran nuestros sentidos.
2. - Hacia lo que registran los medios técnicos.
3. - hacia las condiciones de producción de determinados hechos (caso que da pie a disputas de orden lógico en tanto podríamos darle a cualquier suposición de corte mágico la capacidad para producir hechos)

Definiendo entonces, los hechos son el conjunto de aquello que es captado por nuestros sentidos en normal comportamiento, de lo registrado por instrumentos afines a ellos y la producción de comportamientos mensurables a partir de condiciones invariantes.

Estamos así determinando aquello de lo cual hablamos cuando tratamos de los hechos y por tanto le estamos dando un límite a los mismos y por ende al objeto de la ciencia. (La disputa en lo relativo a la ciencia del Derecho va a radicar de éste modo básicamente en si el objeto de la ciencia del derecho es la norma o la conducta humana, e incluso más, si la ciencia del derecho tiene un objeto, en el sentido de que la actuación del legislador tenga como referente el concepto de hecho que hemos dado)

De éste modo el Positivismo está en condiciones de dar una respuesta acerca de cuáles son las formas a través de las cuales caemos en las pseudoproposiciones, es decir, en proposiciones que aparentemente son científicas pero que no cumplen con los requisitos centrales para que estemos ante una proposición con el carácter de científico: El sentido y el significado. Así estamos frente a pseudoproposiciones cuando:

1. - se plantean proposiciones que contengan alguna palabra a la que no le corresponde ningún significado (no ostentabilidad)
2. - Proposiciones tautológicas o contradictorias.
3. - Reunir en una proposición palabras de modo tal que contradiga las reglas de la gramática lógica.
4. - Que estemos frente a una proposición que le asigne al lenguaje la función de ser representación de representaciones. (Autonomía representativa del lenguaje)

Tenemos dadas las condiciones para que podamos decir que estamos frente a proposiciones científicas, y a partir de ahí se entiende a qué llaman los positivistas proposiciones sin sentido: las pseudo-proposiciones. La discusión de la que se tratará por ende en lo consecutivo se centrará en la determinación de los tipos de proposiciones que encontramos en el derecho, especialmente en Kelsen y Bobbio quienes postulan un positivismo en la ciencia del derecho y ven justamente en la Jurisprudencia un análisis del lenguaje jurídico, lo que concuerda con el Positivismo en lo que él entiende por Lenguaje, o sea, la única herramienta con que nos representamos al mundo, y es en éste contexto en que debemos entender la definición que el positivismo lógico da de ciencia al decir: La ciencia es un discurso sobre el mundo, lo que significa que la Ciencia es una vinculación coherente

de proposiciones lingüísticas; y no puede ser más que eso porque de lo contrario se sale de los límites de la descripción.

B.- EL CONCEPTO KELSENIANO DE CIENCIA DEL DERECHO Y LA COHERENCIA POSITIVISTA.

Lo que hemos dicho acerca del positivismo no agota a éste pensamiento, muy por el contrario, sólo lo presenta, sin embargo, lo hemos expuesto en su esencia; sin olvidar, que se complementa con la exposición que hemos hecho de Mario Bunge, especialmente en lo relativo a los principios que debe cumplir una disciplina para que pueda ser ciencia. A su propósito, Hans Kelsen, en la tan recurrida Teoría pura del Derecho considera que “La teoría pura del derecho constituye una teoría sobre el derecho Positivo; se trata de una teoría sobre el derecho positivo en general, y no de una teoría sobre un orden jurídico específico.... En cuanto teoría pretende, exclusiva y únicamente, distinguir su objeto. Intenta dar respuesta a la pregunta de qué sea el derecho, y cómo sea; pero no, en cambio, a la pregunta de cómo el derecho deba ser o deba ser hecho. Es ciencia Jurídica; no, en cambio, política jurídica” *

De lo citado, que es clave en éste pensamiento tenemos que precisar:

1. - Que se trata de una teoría sobre el derecho Positivo, por lo que debemos precisar lo que ello aquí signifique.
2. - Que es una teoría de carácter general.
3. - Pretende esencialmente distinguir su objeto: ello significa que se trata de determinar cuál es el objeto de la ciencia del derecho y no del derecho (es un trabajo asimilable al realizado por Rickert al buscar la distinción entre ciencias naturales y culturales)
4. - se trata de una teoría relativa al cómo, esto es, de una teoría básicamente descriptiva.
(en ello es plenamente positivista)

CON RESPECTO A LO PRIMERO: El positivismo se llama así porque en su tesis central sostiene que debemos estarnos a los hechos, que hay ciencia cuando hay descripción de hechos. Debemos esperar entonces que cuando Kelsen nos habla de Derecho Positivo se está refiriendo al derecho que se puede describir, registrar, (por lo tanto no se pueden describir los fines perseguidos por quienes hacen el derecho, no se puede describir lo que un presunto derecho debe ser, una pretendida Idea de Justicia, sino que solamente la norma en tanto que es puesta por los hombres) al modo de cualquier ciencia fáctica. Y es tal como lo sospechábamos en cuanto en las primeras líneas de su texto se pregunta si “la ciencia jurídica es una ciencia Natural o una ciencia social” (Pág. 15) y agrega que, claro, podemos dar una descripción de un hecho al que le llamamos jurídico porque sucede en el espacio y en el tiempo, por ejemplo, “se reúnen hombres en un recinto, pronuncian discursos, algunos levantan las manos, otros no: ésto es lo que acontece externamente. Su significación: se ha resuelto dictar una ley, se ha producido derecho”(Pág. 16) Pero no se puede hacer ciencia del derecho, si lo que buscamos es distinguir su objeto, del sólo registro de los actos externos pues de ello también se preocupa la antropología o la Psicología o cualquier otra ciencia (y en ello hay coincidencia con Rickert en el sentido de que éste sostiene que lo que distingue a las ciencias jamás será el objeto, el acaecer externo pues para todas es el

* La cita la hemos extraído del texto básico “Teoría Pura del derecho” en su décima edición en español. Ed. Porrúa. México 1998 (apartado I Derecho y naturaleza. N° 1 La Pureza). En lo consecutivo las citas indicarán simplemente la página del texto de manera de evitar la saturación citológica.

mismo) sino que es necesario que atendamos a la especial significación que tienen dichos actos: la significación jurídica. Tal significación jurídica está dada por la Norma, por el sentido Objetivo ligado al acaecer mismo en tanto la Norma se refiere a él con su contenido, de manera que el acto es explicitado por la norma: La norma funciona como un esquema de explicitación. “La norma es la que otorga a un acto la característica de ser conforme a derecho (o contraria a derecho) y a su vez ella misma es producida mediante un acto de derecho, por su lado nuevamente recibe su significación jurídica de otra norma”(Pág. 18. Discutiremos luego lo planteado en la última parte en el sentido de cómo pueda entenderse eso de la autoproducción del derecho, por ahora, necesitamos terminar de precisar el sentido del concepto de Positivo en tanto descripción de hechos pues, como insiste Kelsen en que la norma es lo que le da una significación jurídica a los hechos, ¿podemos describir la norma como un hecho? La respuesta es afirmativa si nos atenemos al concepto de Significado y a los principios empiristas que lo sostienen, por un lado la norma refleja un hecho y por otro, si podemos reducir toda idea (dentro de las cuales están las normas) a un hecho que le corresponda, entonces el requisito básico de la producción de normas, es que puedan ser reducidas al hecho de donde surgen o al que reflejan.

Es por lo anterior que una de las tesis resultantes de la teoría pura es que si una norma deja de ser obedecida por la comunidad a que está dirigida, entonces deja de ser una norma jurídica. Ello porque deja de ser una norma con un contenido fáctico registrable, porque se transforma en una norma vacía. Lo mismo ocurre con normas de tipo moral que pretenden conformar el orden jurídico en cuanto dicen por ejemplo: Los hombres deben ser buenos, o, los hombres deben amar a su prójimo, o, tu debes hacer que tus actos se conformen siempre a la intención que los produce. Tales declaraciones no son susceptibles de encontrar un referente fáctico que describir, o porque atienden a un sentido subjetivo, o porque no hay forma de interpretar el presunto referente conductual humano) De ésta forma el comportamiento humano, que actúa según la norma, ya sea que la obedezca en función de la coerción que ella trae aparejada o porque concurren otras motivaciones, como mayor ganancia o una intención subjetiva, se perfila como un elemento de control de cuándo el sentido de la norma es o no jurídico.

Pero la juridicidad tiene a su vez la particularidad de que establece un uso determinado del lenguaje jurídico “de manera que el conocimiento jurídico está dirigido hacia normas jurídicas que otorgan a ciertos acontecimientos el carácter de actos conforme a derecho (o contrarios a derecho). Puesto que el derecho, que constituye el objeto de ese conocimiento, es una ordenación normativa del comportamiento humano”(Pág. 18). Por lo tanto, la teoría pura puede describir el derecho en tanto y sólo en tanto éste es positivo, o sea, sólo en tanto el derecho está constituido por normas que describen hechos y que por ello puede ser descrito.

EL SEGUNDO PUNTO: La norma es el instrumento significativo del derecho y éste se expresa en términos generales a través de normas. La palabra Norma alude a que algo deba ser o producirse; especialmente, a que un hombre deba comportarse de determinada manera. La norma se expresa con la partícula significativa “Deber”, la cual, se constituye en el cuarto elemento componente de la norma jurídica y que por razones de orden expondremos de la siguiente manera:

1. - Un elemento lógico que en principio se identifica con el condicional en términos de que se expresaría en la relación simbólica $P \rightarrow Q$ con todas las variables de validez que hemos ya expuesto.

2. - Un contenido específico de las variables que componen la relación, como cuando el legislador dice en el artículo 1801 del código civil chileno a propósito de la compraventa: “La venta se reputa perfecta desde que las partes han convenido en la cosa y en el precio...”, lo que se lee estructuralmente: “Si hay convenio en cuanto a la cosa y en cuanto al precio, entonces la venta se reputa perfecta”. Ese contenido varía caso a caso y dependiendo de las clases de hechos que se consideren como casos pero la estructura no varía. El problema lo hemos planteado en términos de señalar que son discutibles por lo menos dos cosas:

a.- si hay una estructura lógica de la expresión proposicional del derecho.

b.- si esa estructura lógica es unificada y le pertenece exclusivamente a ésta rama de las ciencias. Ello a propósito de la concepción según la cual el elemento determinante del derecho y que por tanto la ciencia del derecho debe examinar es la “IMPUTABILIDAD” y no la “CAUSALIDAD” de donde la pregunta que surge es ¿tiene la imputabilidad una estructura lógica propia? ¿Puede reducirse todo el derecho sólo a una estructura imputativa? ¿Qué ocurre por ejemplo cuando el derecho dice: Las Sociedades se clasifican en...? ¿Podemos reducir la clasificación a la imputación? Lo importante en esto es que la pretensión de que hay una lógica en el derecho y un principio propio como es la imputabilidad implicará que estamos frente a una ciencia con una estructura básica determinada y un objeto propio en el sentido de que le daría a la realidad una significación particular.

3. - Una forma de expresarse la norma, la cual se concentrará en la partícula “Debe”. Con respecto a éste elemento debemos hacer ciertas precisiones:

Según Kelsen, el “debe” no es entendido por él de una forma reducida (el Sollen alemán que es diferente al Müssen que tiene un sentido subjetivo), es decir, en el sólo sentido de ordenar algo, sino que en su lenguaje el “debe” es “el sentido normativo de un acto orientado intencionalmente hacia el comportamiento de otro” (Pág. 19) de manera que con él se le da significación a una partícula conectiva de la relación condición – reacción, o, de lo que ha de desprenderse cuando partimos de un antecedente hacia un consecuente. Así, la partícula “Debe” nada tiene que ver con el concepto de bueno o malo como si el cumplimiento del deber fuera bueno y su falta malo, sino que se ha de entender exclusivamente en su sentido normativo en cuanto a la relación que la norma establece un antecedente y un consecuente. El “deber” no es una partícula que establezca una relación entre la norma y los hechos sino que es autónoma de ellos, vale con respecto a la norma misma, es lo que la norma prevé respecto de su propia estructura, por ello Kelsen sostiene que “las acciones cuyo sentido es una norma pueden cumplirse de diversas maneras”, con respecto al antecedente, una luz roja, un movimiento de manos del agente de tránsito, una manifestación escrita, y con respecto al consecuente, podemos acatar una orden porque nos agrada, porque estamos acostumbrados a ello etc. lo que muestra justamente que lo que al derecho le interesa es la actuación acorde con la norma sin importar la motivación de la coincidencia con ella. De ésta manera el “debe” adquiere un sentido objetivo que por supuesto en nada se identifica con las autoimposiciones.

4. - Un contenido genérico monopolizado por el Estado y que conocemos como la Coerción, la capacidad para hacer cumplir sus imperativos por la fuerza, la cual, en la visión de Kelsen es un elemento constitutivo del derecho, no aleatorio o accidental de él. La manera en que la coacción pertenece al derecho no está dada en que le pertenezca esencialmente, es decir, que sea de la esencia del derecho el constreñir a la conducta obligatoria. La sanción es **“sólo una función posible del derecho, pero no una función necesaria, dado que la conducta conforma a derecho, la obligatoria, puede ser producida por otros motivos, y muy frecuentemente, es producida por otros motivos, como representaciones religiosas o morales”**(Pág. 48). La función de la coacción entonces no es psíquica, sino que, por ejemplo, la privación de la vida, de la libertad, de bienes económicos y otros son estatuidos por el derecho como consecuencias de condiciones que él determina, condiciones que son una determinada conducta humana.

La generalidad entonces está vinculada con el hecho de que la ciencia del derecho tiene una estructura lógica, un principio predicable de la misma, una forma de expresarse la norma, y un elemento coercitivo que se constituye como un componente genérico de toda norma. Eso hace que se pueda prescindir de hablar de algún derecho en particular, de un derecho nacional, internacional, privado o público etc. pues el derecho es una actividad con características que la hacen susceptible de un conocimiento unificado ya que presenta en todos los casos las mismas características que ya antes hemos enunciado.

CON RESPECTO AL TERCER PUNTO: La teoría pura del derecho busca básicamente determinar conceptualmente su objeto. Para ello es necesario precisar la palabra “derecho” para establecer si los fenómenos sociales designados con esa palabra exhiben notas comunes, mediante las cuales puedan ser distinguidos de otros fenómenos análogos a ellos, y si esas notas son suficientemente significativas como para servir de elementos de un concepto del conocimiento científico de la sociedad(cf. pag 44) La respuesta es afirmativa pues efectivamente existe una unidad en la palabra derecho (o Recht) puesto que en un sentido comparativo el objeto que ésta palabra designa es el mismo en los más variados pueblos y tiempos en tanto para todos la palabra designa un ordenamiento de la conducta humana, es decir, todas indican la idea de un “determinado ordenamiento”. El orden es un sistema de normas cuya unidad ha sido constituida en cuanto todas tienen el mismo fundamento de validez y ese fundamento de validez es una norma fundante (con ello llegamos al problema de que las normas son derecho porque otra norma lo dice, y si tal es así, entonces llegaríamos ad infinitum en la explicación, lo que, claro, ya no es explicación), y por ello es que Kelsen habla de la existencia de una norma fundante a la que dedicaremos un apartado especial ya que en principio parece que Kelsen lanza a la basura al positivismo toda vez que es insostenible para ésta doctrina fundamentar una ciencia en un supuesto de tipo metafísico, en una seudoproposición como lo sería esa “Norma fundante”en cuanto pretendería una autonomía representativa del lenguaje.

De manera que estaríamos frente a un objeto específico del orden jurídico que no encontramos en otro ámbito de conocimiento y que sería plenamente unificable; de hecho Kelsen lo establece partiendo de un análisis bíblico o de la conducta jurídica de los primitivos en que según él se daría también el principio de la retribución, ya sea que se manifestara según el pago individual o familiar, pero el principio se manifestaba igual.(Kelsen hasta ahora habla de Normas de modo que el conocimiento de la ciencia

jurídica es un conocimiento de Normas, sin embargo, Cossio insiste en hacer otra lectura de la Teoría Pura en términos de afirmar que el conocimiento no es de normas sino de la conducta humana, de ahí Ecológica, y pretende que se puede hacer tal lectura de la Teoría de Kelsen.

EL CUARTO PUNTO: El problema del cómo, la ciencia como descripción. Al respecto tenemos que asentar un principio que nada cuesta entender y que nos evitará los circunloquios inoficiosos: El requisito de que la ciencia sea descriptiva, que se atenga a los hechos es un requisito vinculado con el principio de la objetividad: sólo podemos pretender conocer objetivamente aquello que podemos describir porque sólo respecto de ello puede haber una comunidad intersubjetiva, de lo que se oculta, de la subjetividad nada de objetivo puede haber. La cuestión estriba en que la ciencia del derecho pueda “describir al derecho”, que el derecho sea un objeto susceptible de ser descrito. Ya hemos dicho que sólo puede describirse aquello que es registrable, y en términos empiristas, aquello que puede ser reducido a un hecho ¿ Puede registrarse el derecho? Hemos dicho ya que el concepto de hecho no es reducido y que podemos hablar científicamente de aquello que puede dar las condiciones de confirmación de un hecho de tal modo que no captamos directamente una orden por ejemplo, pero sí captamos sus efectos, su capacidad para producir fenómenos y si esa orden puede reproducirse, es decir, repetirse indefinidas veces produciendo los mismos efectos, entonces estamos ante una constante que se puede registrar. Lo que se requiere entonces para que la norma pueda registrarse es que esté escrita, que mande una determinada conducta y que esa conducta concuerde con la previsión de la norma. La problemática se concentra en la previsión pues el elemento que determina si hay una concordancia entre la norma y la conducta de manera que si no la hay el derecho aplica el instrumento sancionatorio, la coerción, la fuerza, impetra que la conducta se adecue a la norma. Por lo tanto derivamos hacia la problemática de si se puede registrar la fuerza.

La solución Kelseniana al respecto es justamente su teoría de cómo la fuerza le pertenece al derecho, respecto de la cual ya hemos dicho que no lo hace esencialmente sino en cuanto es una función posible del mismo. Pero ésta función posible tiene que poder ser descrita en términos de que ella actúa haciendo coincidir el imperativo con la conducta. Al respecto tenemos que considerar dos cosas:

1. - Que el derecho rige sobre una conducta considerada por él mismo como jurídicamente relevante (registro de la conducta adoptada por el ente pasivo)
2. - Que el uso de la fuerza es un uso residual, es decir, se la utiliza en defecto de otros medios.

Con respecto a lo primero plantea Kelsen el concepto del “Mínimo de libertad”, lo que significa que el derecho regula tanto positiva como negativamente ciertas conductas humanas, así, obliga a cierto comportamiento al ligar un acto coactivo a la conducta contraria, prohibiendo ésta segunda conducta, y también actúa negativamente en cuanto no liga ningún acto coactivo a una determinada conducta y, por ende, ni prohíbe esa conducta ni prohíbe la conducta opuesta (Cf. Pág.55) De ahí entonces el principio de que lo que no está expresamente prohibido está permitido. Tal principio representa una autocontricción del derecho en cuanto a que deja un ámbito amplio en el que el individuo se

maneja sin que el derecho nada diga al respecto. ¿De dónde emana ese ámbito? Desde la subjetividad, y por ello, el principio de la autonomía de la voluntad, un irregistrable ¿y hasta donde se extiende? Hasta la conducta registrable, hasta los actos considerados relevantes por el derecho.

Así, pasamos a lo segundo, a la justificación del sentido del uso residual de la fuerza. Para cualquiera que lo pensara desapercibidamente diría que el derecho comienza cuando la conducta del sujeto se vuelve relevante, lo que, claro está, es una falacia porque el derecho cuando no dice nada respecto de la regulación determinada de una conducta no significa que no la esté regulando sino que simplemente lo está haciendo de una determinada forma. La regulación es también una regulación de la fuerza, la cual debe cumplir con dos requisitos:

- a.- que se trate de una regulación objetiva.
- b.- Que el uso de la fuerza sea residual.

Con respecto al primer punto analiza Kelsen la diferencia que hay en el uso de la fuerza por parte del Derecho como orden coactivo normativo y el acto de un ladrón de caminos o de un jefe de una banda de ladrones. El acto de un ladrón de caminos que ordena, bajo amenaza de cierto mal a alguien, entregarle su dinero, tiene el sentido de un deber, pero se trata de un deber “**subjetivo**” y sólo ese es el sentido relevante, no otro, de tal modo que a éste nivel no hay diferencia entre la descripción de una orden de un ladrón de caminos y la descripción de la orden de un órgano de derecho. Pero se diferencian en que el orden coactivo regula la fuerza objetivamente, es decir, a través de la institucionalización. Pero ¿Por qué interpretamos al orden jurídico en un sentido objetivo mientras en el otro caso no? Los actos instauradores de derecho también son subjetivos, por ende, ¿por qué el derecho mismo no lo va a ser? Ésta es la pregunta fundamental – dice Kelsen -. Para ubicar lo mismo en un ejemplo tendríamos que preguntarnos ¿Por qué en un caso interpretamos la muerte de un hombre por otro como una pena capital y no como un homicidio? Porque damos al acto de un tribunal un sentido objetivo reconociendo en tal acto el cumplimiento de una ley, y respecto de la ley, su objetividad radica en que el acto legislativo es el cumplimiento de una constitución. Existe así una norma (la constitución) que le da a determinados hombres la calidad de producir normas objetivamente válidas. Esa norma es la norma fundante de un orden Jurídico estatal. Tal norma, es la única que no ha sido establecida mediante un acto jurídico positivo, sino “**presupuesta**”. Tal supuesto se constituye como el último fundamento del orden Jurídico, un fundamento condicional según su esencia y, en ese sentido, hipotético. (Por segunda vez ha hablado Kelsen de la “norma fundante o supuesto” y por segunda vez dejamos establecido que trataremos el tema de forma especial tanto por el carácter objetivo que ésta norma otorgue al derecho como por el problema teórico planteado en lo relativo a si no es tal Norma una pseudo-proposición) ¿En qué radica la objetividad del orden jurídico entonces?

1. - En que el derecho es un sistema de normas, y no una norma aislada, como ocurre con la orden del ladrón de caminos.

2. - En que cualquier organización necesita de normas de común acuerdo. Incluso si la banda de ladrones no prohibiera en sus relaciones internas el robo mismo, la banda de ladrones dejaría de existir.

3. - En que el orden coactivo, considerado como orden jurídico, es más efectivo que el orden coactivo constitutivo de la banda de ladrones. Éste punto es importante porque para el alcance de determinados fines, el orden jurídico tiene una mayor efectividad permanente. Tal efectividad puede estar limitada a un cierto territorio y en tanto excluye la validez de todo orden coactivo de ese tipo de manera que la comunidad por él constituida puede ser vista como un “Estado”, aún cuando éste desarrolle hacia el exterior una actividad que, según el derecho internacional positivo, sea una actividad delictuosa. (Ésta conclusión a la que llega inevitablemente la teoría pura en tanto su objeto de estudio planteado como el único objeto posible de estudio es el derecho positivo es la que repugna a muchos juristas que ven en ello la legitimación de cualquier sistema normativo, con todo lo perverso que pueda ser, planteando que existen ciertos principios superiores que rigen al sistema normativo como la Justicia, la libertad, los derechos humanos que harían imposible la constitución de un orden jurídico perverso. Aquí se encuentran básicamente doctrinas de corte iusnaturalista)

Por otro lado, la mayor efectividad del orden jurídico tiene otra implicancia: la de que la efectividad lo es en función de algo. Ese algo son las distintas funciones que juega el derecho en los órdenes sociales de modo que la Paz o la seguridad social son funciones del derecho, que por ser históricas, van cambiando permanentemente. Así, el derecho no tiene una función única como quería Hobbes o Bodin, sino que es un instrumento con distintas funciones según las finalidades perseguidas en el momento en que se dan.

Con respecto al punto relativo al uso residual de la fuerza, lo que tenemos hasta ahora, es que la coacción es un elemento componente del derecho, pero que no lo es esencialmente sino como una función del mismo. ¿Y qué significa eso de que el recurso de la fuerza ha de ser residual? Que tal función sólo ha de ser ejercida en defecto de otros medios de hacer cumplir los imperativos jurídicos. Su uso por tanto va a estar determinado por un conjunto de condiciones que tienen que darse y que son perfectamente medibles, registrables. Y dice Kelsen: “Cuando el orden jurídico determina las condiciones bajo las cuales la coacción, como fuerza física, debe ser ejercida, así como los individuos que deben hacerlo, protege a los individuos a él sometidos contra el uso de la fuerza por parte de otros individuos. Cuando esa protección alcanza cierta medida mínima se habla de seguridad colectiva, en cuanto es garantizada por el orden jurídico como orden social” Ahora bien, cuáles son las condiciones del uso de la fuerza: *

- 1.- Determinación de qué individuos y en qué circunstancias puede ser utilizada la fuerza.
2. - Monopolio por parte del estado del uso de la fuerza.
3. - Tribunales con jurisdicción obligatoria y órganos centrales de ejecución
4. - Prohibición del recurso de la fuerza como primera medida coercitiva.

*Hay un texto en el que trata Kelsen el asunto relativo al recurso de la fuerza y que es el texto “ Collective Security under International Law” Editado por International Law Studies. Washington, 1957.

Hemos dado respuesta de éste modo al cuarto punto relativo a que la teoría pura es básicamente descriptiva. Su objeto puede ser descrito en tanto presenta características, que hemos señalado, que lo posibilitan, especialmente la función de la fuerza en el derecho. Sin embargo se mantiene como una cuestión relevante de como puede ser entendido ese principio de la Norma Fundante. Sin embargo, podemos señalar sin mayores dificultades que la Teoría pura es una teoría positivista en tanto cumple con el requisito primordial de la atención a los hechos para que ésta disciplina sea considerada una ciencia. En lo consecutivo, y ya habiendo contestado afirmativamente al hecho de que el derecho pueda ser descrito por la ciencia del derecho veremos si la ciencia del derecho es una ciencia especial debido a las particulares características que posee o no es más que una disciplina científica igual que cualquier otra de tal modo que todas sus especiales características no son sino modos del concepto general de ciencia.

DERECHO Y CIENCIA.

En éste apartado Kelsen siguiendo la línea positivista quiere ver la distinción que se pueda establecer entre El derecho como una disciplina normativa social, la ciencia específica que lo describe y las ciencias naturales, para ello, y siguiendo un criterio de ordenación explicativa, trataremos el asunto en los siguientes puntos:

1. - Si el principio de la Imputabilidad es un principio exclusivo del derecho de manera que es irreductible a la causalidad.
2. - Si la autoproducción del derecho lo convierte en un quehacer específico y que requerirá una descripción exclusiva.
3. - Si el monopolio sobre la fuerza es otra característica exclusiva e irreductible.
4. - Si la ciencia del derecho es distinguible según el objeto de la ética como estudio de la moral.

EL PRIMER PUNTO: LA IMPUTABILIDAD.

La imputabilidad sería el principio ordenador normativo de la interacción humana, diferente al de causalidad pero que cumple una función análoga a la de éste en cuanto a que ambos son la herramienta con las ciencias describen su objeto. Pero el principio de la imputabilidad como forma de expresarse los enunciados jurídicos dice por ejemplo que “ bajo determinadas condiciones – las cuales son determinadas por el orden jurídico – debe producirse determinado acto de coacción -; a saber, el determinado por el orden jurídico. En ese sentido el principio de imputabilidad establece relaciones de condicionalidad que él mismo prevé, y eso lo diferencia de inmediato del principio de causalidad natural pues no establece relaciones de causa a efecto pues, el delito no está enlazado con la pena, o la ejecución forzosa civil con el incumplimiento de una obligación etc. sino que el enunciado jurídico dice “si se produce el hecho A, el hecho B es debido” a diferencia del principio de causalidad que dice “que si se produce el hecho A, entonces aparece el hecho B” en una relación de necesidad natural y no normativa. En la relación de imputación la conexión entre A y B ha sido establecida por un acto de autoridad, no así en el caso de la causalidad natural. (tal concepción de la imputabilidad tiene como efecto el

que no podamos tratar descriptivamente, y por ende como un acto de conocimiento de la ciencia del derecho, a la concepción del mundo religioso – metafísica según la cual la conexión de causa y efecto es producida por la voluntad divina de donde lo que habría sería un derecho natural, un derecho en que se funden ambos principios)

Por otro lado, cuando el derecho dice que “algo debe ser” sólo está enlazando dos condiciones, las cuales pueden tener tres sentidos: el estar ordenada, el ser facultativa y el estar permitida la consecuencia, no tiene pues un sentido subjetivo y tampoco moral en cuanto a que indique lo correcto o lo incorrecto, lo justo o lo injusto sino que asigna las condiciones de concordancia entre el imperativo jurídico y los hechos, la conducta humana. En éste sentido es el único uso posible del concepto de deber que puede ser descrito pues es el único que puede prescindir de la referencia a valores de tal manera que quien describe un determinado orden normativo positivo diciendo que “bajo determinadas condiciones, debe llevarse a cabo cierto acto coactivo determinado por aquel orden, efectúa esa afirmación aún cuando la atribución del acto coactivo a su condición le parezca injusta y, por tanto, la desapruebe” (Pág. 94)

La exposición del principio de la imputabilidad y su exclusividad en el derecho no es susceptible de reparos en cuanto a la diferencia radical que establece con respecto al hecho de no describir lo que acaece en la naturaleza sino que lo que el propio derecho determina que debe ocurrir, sin embargo, desde el punto de vista lógico es posible hacer reparos a la interpretación que hace Kelsen del condicional lógico como forma de la imputabilidad. El reparo fundamental está relacionado con la siguiente tesis que vamos a intentar demostrar: El principio de imputabilidad carece de un esquema lógico propio de manera que su estructura está reflejada por un esquema condicional interpretable de igual forma como causalidad que como imputabilidad.

Piensa Kelsen que el principio de Causalidad es una interpretación del condicional lógico en que se aísla una sola de las posibilidades que pueden darse para la relación P → Q de manera que el principio de causalidad correspondería a la primera de las posibilidades que nosotros hemos estudiado, o sea, la ocurrencia de A implica necesariamente la ocurrencia de B, es decir:

$$\frac{P}{V} \quad \frac{Q}{V}$$

REFUTACION: Razonando de tal forma piensa Kelsen que el principio de causalidad refleja un orden natural, el orden de la necesidad, sin embargo, olvida que, como antes hemos visto lo que el condicional refleja son posibilidades, todas las que en la naturaleza pueden darse, de donde no se ve por qué podríamos pretender que uno de esos ordenes sea el orden natural, esa, no es más que una apuesta, una apuesta de la ciencia natural con respecto a sus hipótesis pero nada más. De éste modo, si aceptamos lo planteado aquí, tendremos que decir que el principio de la imputabilidad tiene exactamente la misma estructura que el principio de la causalidad en cuanto a que ambos son meras interpretaciones del condicional lógico que coinciden en ser apuestas acerca del comportamiento de objetos naturales. Kelsen no advierte que lo que él está haciendo es interpretar el condicional y por ello pretende ver una diferencia radical entre el principio de

causalidad y el de imputación. Quizá se podría hacer una lectura interpretativa diferente del principio imputativo en el condicional lógico diciendo que la estructura sería ésta:

$$\frac{P}{F} \quad \frac{Q}{V}$$

La interpretación aquí sería que de la ocurrencia de nada (PF), es decir, nada ocurre como antecedente, se produce algo (QV) de donde la autonomía de la voluntad sería la causalidad absoluta que puede hacer que determinados fenómenos lleguen a ser como cuando yo decido que voy a ir a comprar y de inmediato genero una cadena fenoménica que no está determinada por lo que ocurre en la naturaleza, esto es, que yo rompo la cadena natural y la varío, y como esa variación no es un hecho registrable se representa con la no ocurrencia de P. Tal lectura es posible pero representaría un principio indescriptible para la ciencia del derecho positivista del derecho positivo en cuanto a que no nos estaríamos ateniendo a los hechos descriptibles (la autonomía de la voluntad como punto causal cero de una cadena fenoménica no es un hecho descriptible pues no tenemos manifestación visible del pensamiento, a menos que nos atengamos a una suerte de esperanza conductista que pretende reducir hasta los procesos del pensamiento a manifestaciones corporales, cuestión que se puede discutir en otra parte) Quienes sí pueden asumir una interpretación de éste tipo del nexa jurídico fundamental son las corrientes metafísicas, iusnaturalistas, que ven en la existencia de valores absolutos, condicionantes del acontecer real y por tanto elementos que pueden variar el acontecer de la naturaleza. Eso viene confirmado por la famosa creación ex – nihilo sostenida por el cristianismo, de donde la mente divina es la que a partir de la nada crea las cosas y la mente humana, a la que Santo Tomás en el *De Veritate* interpreta como *Ens Practicum*, actuaría analógicamente con la divina al ser la voluntad del hombre libre.

En resumen, la fundamentación lógica que hace Kelsen del nexa Jurídico fundamental descriptible es una interpretación del condicional lógico igual a la causalidad constituyéndose en una apuesta respecto del comportamiento de los hechos (de la conducta humana) que pretende que ellos se dan en una relación uno es a uno.

Los positivistas, entre ellos Schlinck a quien cita Kelsen, pretenden que la filosofía de la ciencia sea una lógica de la ciencia: Pues bien, desde el punto de vista lógico hay una sola ciencia, por lo que el exclusivismo jurídico se ve empañado aquí y con una dificultad seria, que no sé si ha sido aprovechada por el Iusnaturalismo, en términos de que el fondo del sistema lógico jurídico es una apuesta respecto de lo que ocurrirá.

Kelsen quiere ver también en el principio de la imputabilidad otra diferencia con respecto a la causalidad natural diciendo que en la ley natural, si se descubriera un hecho que estuviera en contradicción con ella, entonces la ley misma tendría que ser abandonada como falsa por la ciencia sustituyéndosela por otra que correspondiera al hecho. En cambio, en el caso del comportamiento contrario a una norma jurídica, cuando no supera en su frecuencia cierta medida, no es motivo para que la ciencia jurídica considere como carente de validez a la norma jurídica violada por esa conducta, ni para reemplazar por otro el enunciado jurídico que describe ese derecho.

REFUTACIÓN: Aunque de 1927, aparentemente Kelsen no conoció el famoso texto de un compatriota suyo como es Karl Popper llamado “La lógica de la investigación científica” y de donde extrae Bunge justamente el principio de la limitación que es con quien discutiremos el asunto. Si utilizamos un ejemplo para graficar lo dicho por Kelsen tendríamos que plantear lo siguiente: La aspirina es un buen analgésico, es decir, si ingiero una determinada dosis de aspirina, entonces el dolor de cabeza desaparecerá. Si ocurre que a una sola persona la aspirina no le hace efecto alguno, entonces tengo que desechar a la aspirina de mi recetario de analgésicos porque en un caso no se cumplió la predicción, en un caso falló la Hipótesis central de modo que no sirve para ningún caso. ¿Cometería usted tal aberración? ¿No tendríamos que preguntarnos qué hacer con aquel gran conjunto de individuos en el que la aspirina si funcionó? Lo único que ocurrirá en la práctica científica será que se especializará el ámbito de aplicación de la aspirina, es decir, se averiguarán las especiales condiciones que hay en ese sujeto que hace que en él no surta efecto la aspirina, lográndose con ello limitar con mayor precisión el campo de aplicación de la aspirina y no desechándola. Así, la argumentación de Kelsen choca con el principio de la limitación de modo que en las ciencias naturales no se desechan las teorías científicas simplemente porque no se cumplen para ese caso y tampoco ocurre con los enunciados jurídicos. Por tanto, éste argumento tampoco sirve para diferenciar a la ciencia del derecho de la ciencia natural o de otras ciencias sociales que describen comportamientos.

El argumento kelseniano, sin embargo, es sostenible desde un punto de vista lógico pues si recordamos a Aristóteles veremos que hay un principio que nos dice que la verdad del universal hace necesaria la verdad del particular correspondiente y que la falsedad de un particular hace necesaria la falsedad del universal correspondiente. Pero eso dentro de una lógica cualitativista, cosa que el positivismo no podría aceptar dado que eso significaría dotar de un principio metafísico a la descripción de hechos que es a lo único que nos podemos atener.

Un tercer argumento que nos señala Kelsen en lo relativo a la diferencia que hay entre imputabilidad y causalidad es que en el caso de la relación causa - efecto, todo efecto puede ser visto como causa y toda causa como efecto a su vez, es decir, en las cadenas fenoménicas naturales hay una infinitud causal, lo que significa que no hay un punto final de la explicación, en la imputación, en cambio – y aquí parece sonreír Kelsen – la situación es enteramente diferente pues la condición a la que se imputa en una ley moral o jurídica, la consecuencia como a la muerte por la patria o al delito la sanción, son todas condiciones son todas condiciones que no constituyen necesaria y simultáneamente consecuencias que puedan ser imputadas a otras condiciones, y a su vez, las consecuencias tampoco tienen que ser necesaria y simultáneamente condiciones a las que corresponda imputar nuevas consecuencias.

REFUTACION: La primera observación es que con afirmaciones como ésta Kelsen violenta su planteamiento acerca de la Norma Fundante, acerca del presupuesto fundamental, de la constitución primaria, pues, si no puedo reducir una condición a otra, y en el caso del derecho, una norma a otra, entonces el derecho no sería más que un montón inarticulado de normas sueltas, como un montón de ladrillos y fierros, pero jamás un edificio, sería insostenible desde éste razonamiento que pudiéramos hablar de una jerarquía normativa de manera que si no pudiéramos decir que la sanción es una condición emanada

de un ente sancionador, que éste ente sancionador está limitado por la ley y que la ley se reduce a un principio constitucional de donde emana toda norma particular, entonces sería insostenible la descripción del hecho jurídico que hace la teoría pura pues un supuesto de existencia suyo es que el derecho sea un sistema, de lo contrario, sólo describimos hechos sueltos (en todo caso hay que advertir que una de las críticas más relevantes que se le han hecho al Positivismo lógico es su concepción acumulativa del conocimiento. El positivismo ve que hay dos mundos fundamentalmente, el mundo del conocimiento y el mundo de la ignorancia, mundos que se excluyen, que se rechazan, y como su principio es inductivo, ven que el mundo del no saber va siendo absorbido por el mundo del saber, que el hombre amplía su conocimiento, y, como la ciencia se convierte en un método infalible para conocer, no puede ella contener al error, al no saber. Pero tiene el problema de que no puede concebir a la ciencia como un sistema que tenga un valor y una significación en si misma pues se caería en la seudoproposición de manera que las proposiciones que describen a la ciencia misma carecen de significado. Así pues, lo que surge es un concepto desarticulado del conocimiento, no puede pues el positivismo dar una figura del conocimiento que tenga algún significado, de eso no se puede hablar en absoluto. En éste sentido la ciencia del derecho no existe más que como una descripción asignificativa del derecho. (de lo contrario caemos en la circularidad de las justificaciones)

Una segunda contra-argumentación a lo planteado por Kelsen proviene del propio quehacer científico. Kelsen sin discutir el principio de Causalidad* lo concibe como un principio idéntico al condicional lógico y como un principio representativo del orden natural, o sea, en ningún momento se plantea que puede estar ocurriendo que el principio de causalidad – y nos permitimos recordar el análisis que hace Hume de él – no sea más que un mero principio intelectual con que explicamos los hechos naturales sin que nada tenga que ver la naturaleza con él. El quehacer científico supone la causalidad como un modo explicativo del comportamiento de la naturaleza, le sirve como principio representativo pues no hay otro, la ciencia sabe – como nos lo dice Bunge – que las preguntas no terminan y las respuestas tampoco y que lo que hoy decimos ser causa puede ser simple condición, de tal modo que en algún momento nos demos cuenta de que no habíamos dado con la causa, pero el principio va a seguir siendo el mismo. La ciencia se concibe como una forma objetiva de explicar la naturaleza, para ser objetiva tiene que describir y la descripción no puede ser infinita pues entonces no es explicación, de modo que de ninguna manera la explicación causal supone alguna suerte de explicación ad – infinitum sino que pretende dar con causas precisas para efectos precisos. La confusión Kelseniana, y que es de donde saca ésta diferencia, radica en que confunde explicación causal de la ciencia con la ocurrencia de los fenómenos de la naturaleza. De ésta forma su tercera distinción basada en la imputabilidad resulta refutable, lo que no significa que no haya distinciones.

El argumento dado hace que nos debamos encargar inevitablemente del problema de la relación entre la Imputabilidad y la libertad de la Voluntad. La razón es que Kelsen luego de haber despachado el problema de la diferencia entre la causalidad y la imputabilidad cree encontrar en tal distinción la explicación a por qué la acción humana es imputable. Citémoslo: “Justamente en ésta distinción fundamental entre imputación y causalidad, en el hecho de que existe, por cierto, un término final de la imputación, pero no un punto final de la causalidad, se funda la contraposición entre la necesidad dominante en la naturaleza, y la libertad que se constituye dentro de la sociedad y que es esencial para las

relaciones normativas de los hombres”(Pág. 105) Así, luego de una breve argumentación que es inoficioso repetir, Kelsen llega al significado de la palabra Libertad en el derecho estableciendo que “Este es el verdadero significado de la representación según la cual el hombre, como sujeto de un orden moral o jurídico – y ello quiere decir: como miembro de una sociedad – es “libre” como personalidad moral o jurídica. Que el hombre sujeto a un orden moral o jurídico sea “libre”, significa que él es término final de una imputación posible sólo con base en ese orden”.

La formula expuesta puede inducir a la confusión de identificar la Imputabilidad con la libertad diciendo que lo que aquí estaría afirmando Kelsen es que los actos del hombre son imputables porque él es libre en términos de interpretar el Finalismo que postula Kelsen con la Idea de libertad como causa Incausada. (Cuestión que es discutible a la Luz del análisis que hace Kant* de la libertad de la voluntad, análisis sobre el que no nos vamos a extender pero que enunciamos de la siguiente manera: Kant busca una Ley de la libertad, un fundamento a priori de la moral, un argumento con el cual refutar la posibilidad del mal como objeto de la voluntad humana, busca una ley de la libertad aunque aparece contradictorio, y lo que encuentra es un único imperativo que parte de la incondicionalidad de la voluntad que está determinada por la capacidad que tiene la Razón de ser causa de sus propias acciones, de autoimponerse deberes de forma universal, de donde la validez universal de la norma es la que la hace buena incondicionalmente: El robar se autodestruye como un imperativo ético si pretendemos universalizarlo. Famoso es el ejemplo de la persona que pide dinero prestado pero que sabe que no lo va a devolver; al respecto se pregunta Kant ¿Puede valer tal máxima como moral si pretendo que todos los seres racionales piensen de la misma manera, o sea, sepan que no van a devolver lo que piden? La respuesta es que en tal caso nadie prestaría dinero ni nada, de donde la máxima mala se autodestruye porque se hace imposible de ser aplicada universalmente. De ésta manera Kant formula su Imperativo categórico diciendo que la Regla moral por excelencia es la que dice: “Tu debes poder querer que la máxima de tu acción valga como una ley universal”. Lo universal no está sometido a condición alguna, y por ello es ésta una máxima de libertad. Aquí a su vez se ve la vinculación kantiana entre el Derecho y la Moral: No puede haber un derecho Inmoral porque si el derecho ha de tener una vigencia universal, lo único universal es el imperativo Bueno, de donde el derecho sólo puede contener máximas morales. En éste pensamiento se identifica a esa capacidad que tiene la razón de ser causa de sus propias acciones como libertad, por ello es que lo quisimos exponer brevemente)

Para ver el asunto partamos de las precisiones que el Propio Kelsen hace:

1. - Para Kelsen la Imputabilidad y la Causalidad no están en contradicción sino que sólo son principios diferentes. Nosotros no podemos estar en desacuerdo con lo primero y con respecto a lo segundo debemos precisar que no hay una diferencia formal sino quizá sólo de contenido significativo. La razón que nos da Kelsen de esa no contradicción es que la Imputabilidad rige sólo respecto de aquello que puede ser de otra manera – aunque no lo

* Para una mayor profundización del tema y discusión del mismo, que aquí no podemos hacer recomendamos el texto de Mario Bunge “La causalidad” editado por la Ed. Siglo XX, año 1967. A su vez hay un muy buen texto de mi ex profesor don Jorge Estrella llamado “Conocimiento y Biología”. Ed. Universitaria, Santiago de Chile, 1991 en que hace un excelente análisis del principio de la Causalidad.

dice así -, así por ejemplo sería absurdo, insensato, la existencia de una norma jurídica que dijera que “Los hombres no deben morir” pues eso acaecerá irremediablemente, de manera entonces que la norma jurídica no puede estar en contra de la Ley Natural. (y sigue aquí Kelsen Identificando a la ley natural con la idea de necesidad, con lo que ocurrirá indefectiblemente sin plantearse, incluso respecto de ese ejemplo aparentemente tan crucial, la duda de Hume: Decimos que el morir es una ley universal porque hasta ahora no tenemos experiencia de alguien que no lo haya hecho, pero nada nos garantiza que mañana no sea así; no hay Ley de la necesidad alguna en la naturaleza, sino sólo nuestros principios que, también, nos llevan a grandes equívocos. Nosotros decimos que no son contradictorias porque son lo mismo formalmente y científicamente, ambos la misma apuesta).

2. - Hay un argumento según el cual es imposible demostrar que existe la libertad de la voluntad de manera que sólo se puede aceptar tal supuesto como una Hipótesis necesaria, considerar como si la Voluntad fuera libre, debe aceptársela como una ficción necesaria. Pero según Kelsen la Imputabilidad no necesita como hipótesis necesaria al dogma de la libertad de la voluntad, pues resulta enteramente superflua. También pudo haber dicho que ese es un asunto por completo indescriptible. Nosotros no tenemos reparos que hacer al respecto pues lo que nos interesa es la tesis de Kelsen y no las tesis que él ataca para llegar a su propia tesis.

3. - Por otro lado se sostiene, dice Kelsen, que se puede fundar la imputabilidad en la creencia errónea de la libertad pues el hombre se tendría por libre cuando experimenta arrepentimiento y remordimiento por haber incurrido en una actitud ilícita, pero tal cosa no es verdad pues muchos hombres no consideran ilícito aquello que el orden jurídico en que viven considera ilícito. Así, la imputación no presupone ni el hecho de la libertad, ni la ficción de la libertad como indeterminación causal, ni tampoco un error subjetivo según el cual los hombres se considerarían libres.

4. - Otro argumento para fundar la imputabilidad es el que se basa en el desconocimiento, es decir, el planteamiento según el cual el determinismo sólo puede conciliar con la responsabilidad moral o jurídica recurriendo al hecho de que no podemos conocer cuál sea la determinación causal de la conducta humana. Si pudiéramos conocer absolutamente las causas por las que se hace responsable a un hombre no estaríamos ya en condiciones de hacerlo responsable, pero entonces se anularía la propia imputabilidad. El argumento según Kelsen adolecería del vicio de suponer que la causalidad excluye a la Imputación.

La tesis de Kelsen es que no es la libertad, es decir, la no determinación causal de la voluntad, la que hace posible la imputación, sino justamente al revés: es la determinabilidad de la voluntad la que la posibilita. Si no se pudiera determinar de algún modo a la voluntad, la imputabilidad no sería posible. De tal modo la libertad de la voluntad no es la fuente de la imputación, sino su resultado; el hombre es libre en tanto y en cuanto a una determinada conducta humana, como condición, puede imputarse un premio, una penitencia o una sanción penal. El hombre es libre porque su comportamiento es término final de imputación. (y puede ser término final de imputación aunque su conducta esté causalmente determinada)

Nos correspondería refutar el planteamiento, pero en verdad lo que ocurre es que el argumento que hemos dado acerca de las dificultades para distinguir el principio de causalidad del de imputabilidad es exactamente el mismo que usa en principio Kelsen para refutar los argumentos acerca de que la imputabilidad es posible porque existe

la libertad. Y lo decimos porque hemos afirmado que el principio de causalidad científico es finalístico y no como cree Kelsen que una causa es a su vez efecto, y justamente porque es finalístico el principio de causalidad Kelsen puede decir que es la determinabilidad de la voluntad la que hace posible la Imputabilidad, ya que si la voluntad fuera absolutamente indeterminable (libre) entonces nada podría hacer el principio de imputación para imponerle condiciones, y si estuviera totalmente determinada, como ocurre con el hecho de la muerte, entonces los imperativos normativos carecerían de sentido y la imputabilidad no sería posible o sería totalmente inútil. La ciencia con el principio de causalidad hace lo mismo, pretende que respecto de un determinado fenómeno son aislables las causas precisas de modo de no retroceder en ellas. De modo que sólo la igualdad funcional de ambos principios hace posible la respuesta Kelseniana a la aporía Imputabilidad versus Libertad. De tal forma, podemos evitar caer en formulaciones como la que dice que el sujeto es imputable porque el derecho dice que lo es.

Concluyendo respecto de este punto, podemos decir que la Imputabilidad formalmente es reductible a la causalidad y ambos al condicional lógico, y conviene que sea así pues de lo contrario:

- a.- Se tendría que fundamentar en un principio metafísico la Imputabilidad de la acción humana.
- b.- La teoría Pura del derecho se autoimposibilitaría al permitir una lectura asistemática del derecho como orden normativo social, pues, si no se pudiera reducir una norma a otra mayor, entonces el derecho no sería más que una acumulación de normas sin orden alguno.
- c.- Con lo dicho se resuelve también otra cuestión: la relativa a que desde la perspectiva Kelseniana el principio de la Imputabilidad es el que determina la distinción verdadera existente entre Ciencia Natural y Ciencia Social. En el apartado “Ciencia social causal y ciencia social normativa” sostiene textualmente Kelsen: “ La Psicología, la etnología, la historia, la sociología, son ciencias cuyo objeto es el comportamiento humano en tanto está causalmente determinado; es decir, en cuanto se desarrolla en el dominio de la naturaleza o de la realidad natural. Designar una ciencia como “ciencia social”, porque apunta a la interacción recíproca de los hombres, y trata de explicar causalmente la conducta humana, no es suficiente para diferenciarla esencialmente, como ya se señaló, de las ciencias naturales, como la física, la biología o la fisiología. La diferencia que, en este respecto, se da entre las ciencias sociales indicadas y las ciencias naturales, sólo es una diferencia de grado, no una diferencia de principio. La diferencia esencial sólo se da entre las ciencias naturales y aquellas ciencias sociales que interpretan la interacción humana, no causalmente, sino conforme al principio de imputación...”

La objeción que le haremos a este argumento ya la denotará el lector así es que no es necesario reiterarla: la pretendida distinción entre Imputabilidad y Causalidad es refutable, y con eso basta.

Pero como estamos también estableciendo relaciones entre autores, lo que nos conviene confrontar aquí es el planteamiento de Rickert y Kelsen. Rickert ha establecido que para distinguir a las ciencias culturales (sociales) de las naturales no podemos atender al objeto como Individuación indiferenciada sino que debemos estar a la perspectiva con que es posible tratar al objeto; en ese sentido la única perspectiva que

trata al objeto en sus diferencias es la perspectiva histórica, aquella que atiende a la capacidad del sujeto de conferir una determinada valoración al objeto, de hacerlo cultural. El valor que contiene el objeto es lo único que lo hace socialmente estudiable. De éste planteamiento emana que el método naturalista describe un aspecto de la realidad, la indiferenciada, y el método histórico describe el otro aspecto restante, la diferenciada, por lo tanto, no queda nada más en la realidad que describir, no habría un objeto exclusivo que describir para la ciencia del derecho, desde ésta perspectiva el exclusivismo que le atribuye Kelsen estaría de nuevo refutado. Podríamos intentar reargumentar para poder salvar tanto la lectura de Rickert como la de Kelsen sobre los siguientes puntos:

- a.- El principio de la imputabilidad no es valorativo, por tanto, no podemos plantear que la historia absorba a la ciencia del derecho. Queda entonces que la ciencia del derecho no es más que una ciencia natural. (lo que concordaría con lo que hasta ahora hemos sostenido al plantear que imputabilidad y causalidad son lo mismo estructuralmente)
- b.- La opinión de Rickert es sólo su perspectiva, no puede pretender por tanto ser más objetiva que la opinión de Kelsen. Pero con ello terminamos postulando que no se puede hablar en absoluto de nada porque, si colocamos ambas doctrinas en el nivel de la simple opinión, entonces ni se excluyen ni se incluyen entre si.

Dediquémonos a la letra a: si precisamos las cosas deberemos entender que según Rickert la ciencia cultural estudia valores, pero no valora, de hecho postula el concepto de avaloración como *modus operandi* de la ciencia cultural histórica, es decir, el historiador no puede decir que tal proceso histórico es mejor o peor, que la independencia de un país constituya un progreso con respecto a un antiguo régimen, pues eso sería valorar. Lo que él debe hacer es describir cuáles son los valores concurrentes en la producción de un determinado hecho histórico, buscando el valor directivo que ha concurrido en un determinado hecho cultural (véase el Cáp. X del texto *Ciencia Cultural y Ciencia Natural* de Rickert). Visto así – y no vamos a discutir aquí si la avaloración es posible – no podemos sino llegar a la conclusión de que ambos autores coinciden esencialmente pues Kelsen establece que la Ciencia del Derecho describe al derecho positivo, describe las normas y las relaciones entre ellas, no es un indicador de lo que el derecho debe ser sino que toma lo que se presenta como tal y lo describe, no se involucra con los fines, con las valoraciones que ha tenido el legislador a la hora de formar el derecho, o sea, avalora. De forma entonces que ambas teorías son coincidentes en lo esencial. Lo que dejamos como problema planteado es si en verdad la ciencia cultural o la ciencia del derecho están en posibilidad de avalorar ¿se puede excluir a la subjetividad de la descripción del derecho o de los hechos culturales? ¿Puedo prescindir completamente del sujeto observador? Esa parece ser la gran cuestión. Al final del texto y a modo de sugerencia haremos una breve descripción del historicismo epistemológico de Kuhn, Feyerabend y Lakatos en donde se da una respuesta – quizá no la más deseada - a la cuestión planteada. Por ende, el derecho, o es una ciencia natural que no se distingue de las demás, y Kelsen no acepta esto, o es una ciencia cultural, en cuyo caso es una ciencia cultural histórica y nada más, es decir, la descripción del derecho va a variar según varíen los fines constitutivos del propio derecho. La objetividad de la ciencia del derecho va a estar limitada por la historia (Se va a producir el problema de que no estaremos ya en una visión positivista de la ciencia del derecho pues el positivismo no concibe a la ciencia como histórica, y no lo hace porque si nosotros describimos en forma objetiva un hecho, tal descripción, por el propio hecho de ser objetiva

no puede estar sometida a cambios. La objetividad no tiene historia porque entonces deja de ser objetividad.

EL SEGUNDO PUNTO: LA AUTOPRODUCCION DEL DERECHO.

Con respecto al primer punto podemos decir que es el inexistencia del derecho el que mantiene su orden, su sistematicidad. En lo referido a éste segundo punto sostiene Kelsen que el derecho tiene la característica de que es capaz de autoproducirse, de manera que habría dos aspectos que debiéramos considerar: El procedimiento regulado para su producción (forma jurídica) y el contenido producido a través de ese procedimiento. El derecho abarca los dos ámbitos. Eso significa que el derecho no solamente regula la conducta humana sino que también puede bajo el concepto de norma haber decisiones administrativas que dispongan la concesión de la ciudadanía a determinado individuo, la aprobación del presupuesto del estado etc. Eso nos permite establecer de inmediato dos cosas.

1. - Que habrá una oposición entre la tesis de Kelsen y la de Cossio. Kelsen insiste en el planteamiento de que el derecho es algo más amplio que la sola conducta humana, y por eso la ciencia del derecho describirá normas y no la conducta humana.
2. - Con ello estaríamos frente a un criterio diferenciador entre la ciencia del derecho y el concepto general de ciencia (en que están las ciencias que se identifican con el principio de causalidad) Tendríamos enfrente la siguiente analogía: La ciencia del derecho se auto produce en función de la autoproducción del derecho, que es su objeto, por su lado ¿Se auto produce la ciencia respecto de la autoproducción de la naturaleza que es su objeto? Estamos frente a un tema que requiere precisiones:

a.- cuando hablamos de la naturaleza nos estamos refiriendo a los hechos. Que la naturaleza se autoproduzca significa que se genera a si misma, que no está determinada por el accionar humano. Con Rickert y Bunge hemos dicho que a la ciencia natural no le interesan los procesos en particular, lo irrepetible de los objetos, sino las constantes, las causas que son para una clase de hechos aplicables de la misma forma. La ciencia que estudia éstos fenómenos tiene la misma estructura siempre, no podríamos, por ejemplo, renunciar al principio de la verificabilidad o al del método. Eso significa que hay ciertos principios que la ciencia no puede modificar, a lo que no puede renunciar. Lo que sí puede hacer es adecuar sus hipótesis, limitarlas más, precisarlas, hacer nacer nuevas especialidades en medicina por ejemplo, pero no renunciar a su estructura básica. Su autoproducción no podría ser tal que llegase a convertirse en otra cosa. La pregunta que nos hicimos es imprecisa pues supone que tiene que haber una analogía entre lo que hace el objeto y lo que hace quien lo estudia.

b.- Que el derecho se autoproduzca significa que es el propio derecho el que indica las condiciones en que nacerá lo que se ha de llamar Derecho. La ciencia del derecho debe poder describir esas dos fases del derecho. Si quiere ser ciencia tiene que cumplir con el requisito impuesto pues si no, sólo describiría una parte del derecho y no otra.

El análisis de ambos puntos nos lleva a que por un lado la ciencia para ser tal no puede renunciar a ciertos principios, tiene una estructura estable. Siendo así la ciencia del derecho para ser ciencia no tiene que modificarse en los principios que la mueven, así, lo que para el derecho es una corrección, para la ciencia del derecho será la aplicación del principio de la autocorrección, del mejor desarrollo de una teoría acerca de un tema específico (minero o penal por ejemplo en función de lo que haga el derecho al respecto. Así, una cuestión como la pena de muerte ha de ser enfocada según si en un determinado momento el derecho penal la acepta como pena lícita, y si llega a no aceptarla entonces, la ciencia del derecho debe poder describir el paso de un concepto de la licitud de la pena de muerte a la ilicitud de la misma y la estructura jurídica que emana luego. La ciencia del derecho debe asentarse sobre los mismos principios que hemos expuesto en Bunge y en el positivismo, y los mismos no pueden ser cambiados pues si así fuera, si se pudiera renunciar por ejemplo a que la ciencia debe atenerse a la descripción de hechos, entonces, la comunicabilidad no sería posible y tampoco por ende la objetividad. La coincidencia entre la ciencia del derecho y la ciencia en general, en cuanto son formas de la racionalidad, debe darse, de lo contrario uno de los quehaceres no es científico. De ésta forma no podemos pretender contestar a lo expuesto en el punto b diciendo que la ciencia describe las dos fases del derecho autocorrigiéndose de tal forma que deje de ser la que es. En ello Kelsen adopta una fórmula adoptada ya por Comte y que proviene de aquella visión según la cual la sociedad puede ser tratada como un hecho, como una cosa. Las cosas son y a la vez están siendo. La Física las describe a través de los conceptos de la estática y la dinámica. Estática significa en física la posibilidad de describir un sistema como sistema aislado, sin interacciones, de donde los cambios en él no son fluctuaciones demasiado ostensibles como para que el sistema cambie absolutamente. Y con la voz dinámica la física se refiere al comportamiento de los sistemas en interacción en donde las fluctuaciones son perceptibles e influyen en el cambio del sistema. Kelsen, sin innovar con respecto a Comte* adopta el mismo criterio cosista y resuelve el problema que hemos planteado estableciendo que la ciencia del derecho describirá las dos fases del derecho con los conceptos a priori de Estática y Dinámica, conceptos que son plenamente comprensibles en los hechos y que satisfacen el criterio de poder reducir los conceptos a hechos registrables.

Respecto de eso, lo que debemos hacer es analizar la consistencia de los conceptos antes presentados, ver si el derecho, incluso desde la perspectiva positivista, admite tal vía de estudio o esto de la estática y la dinámica son inconsistentes con el comportamiento del derecho, si el lenguaje cosista es un lenguaje de normas. Eso lo haremos unas páginas más adelante.

* Al respecto es recomendable la lectura del padre del positivismo y de la sociología don August Comte "Curso de Filosofía Positiva" Ed Eudeba.

Concluyendo el punto diremos que la autoproducción del derecho si significa que él puede transformarse totalmente, incluso hasta en sus principios, entonces la ciencia del derecho sería posible describiendo diferentes derechos sin cambiar ella su carácter de ciencia. La otra opción es que la ciencia del derecho, la descripción de él siga al cambio de él, pero en tal caso la ciencia del derecho, su descripción no sería ya una ciencia. Una tercera opción – que no podría sostener Kelsen – es que el derecho no cambia en sus principios (Ej. Búsqueda de la justicia, de la seguridad, de la igualdad) , por lo que en ello es plenamente acorde con la ciencia del derecho. Tal concepción es insostenible desde una perspectiva positivista porque significaría aceptar que la ciencia del derecho puede describir principios, los motivos que el legislador ha tenido para constituir tal o cual ley como derecho, lo cual no está permitido a ésta ciencia ya que ella se atiene al derecho “**puesto**” (positivo). Y no hay más salida, a menos que pudiéramos aceptar aquí algún paralogismo de la Razón o alguna antinomia, pero es para evitar tales cuestiones que partimos en éste estudio diciendo que se trataba el estudio de una cuestión racional, por ello comenzamos por Aristóteles. La ciencia del derecho tiene que depender de la ciencia (de la ciencia en general) y no del tipo de derecho que describa. La ciencia del derecho debe poder describir con los mismos conceptos a cualquier derecho no importando los principios sobre los que éste se asiente. Y eso es justamente lo discutible.

EL TERCER PUNTO: EL MONOPOLIO SOBRE LA FUERZA.

Como hemos visto, la diferencia entre el uso de la fuerza por parte del derecho y el uso de la fuerza hecha por la banda de ladrones radica en objetividad que se le da al mismo junto con su carácter residual. Sin embargo, la fuerza juega un rol relevante en lo referido a que sería ella y el monopolio que es capaz de ejercer el derecho sobre ella lo que hace que se distinga al derecho de otros sistemas sociales. Y dice Kelsen: “ Debe rechazarse una definición del derecho que no lo determine como un orden coactivo. Sobre todo, porque sólo adoptando el momento coactivo como elemento del concepto de derecho se distingue a éste nítidamente de otros sistemas sociales; el elemento coactivo es un factor mucho más significativo para el conocimiento de las relaciones sociales, factor altamente característico que así es elevado a criterio distintivo de los sistemas sociales designados como “ Derecho”; pero, además especialmente, porque así se atiende a la conexión que aparece, en el caso más significativo para el conocimiento del derecho, el moderno derecho estatal, entre derecho y estado, donde el estado es esencialmente un orden coactivo, y precisamente, un orden coactivo limitado en su dominio territorial de validez” (Pág. 66)

Además de operar la fuerza en la forma en que antes hemos mencionado, insiste Kelsen que ella opera también dando la nota que hace diferente al derecho de otros sistemas sociales. La ciencia es un sistema social y por ende habría una distinción entre el derecho y la ciencia basada en éste concepto. Trataremos el asunto en dos ámbitos:

- a.- Definición y condiciones del concepto de fuerza y teorías que se oponen a una definición del derecho que incluya la fuerza como su elemento.
- b.- el monopolio del estado respecto de la fuerza.
- c.- La condición de ser la fuerza un elemento de distinción entre la ciencia del derecho y el concepto general de ciencia.

Con respecto a lo primero debemos decir que la fuerza es la capacidad del sistema del derecho poder determinar la voluntad de un sujeto individual o colectivo de forma residual de tal modo de lograr que el comportamiento exigido se adecue a la norma. Es importante destacar que tenemos que hablar de determinación de la voluntad – lo que concuerda con el concepto Kelseniano de Imputabilidad y el por qué la conducta humana es imputable. Ahora bien, la fuerza no es entendida en un sentido meramente físico sino que se trata de cualquier imposición de un mal desde un punto de vista objetivo; así es fuerza la ejecución forzada de Bienes y también la sanción punitiva relativa a la sanción penal. La fuerza, por tanto, acepta modalidades en su aplicación, esas modalidades tienen que adaptarse, sin embargo, a unos mismos procedimientos de objetividad de su uso: Así tenemos que el uso de la fuerza debe ser:

1. - Reactivo: ella funciona como una reacción a una conducta indeseable por parte del derecho. No podría usarse de ella en un sentido preventivo y como inductiva de la obtención de una determinada conducta.
2. - Objetiva: Las condiciones fácticas de su uso han de estar predeterminadas, es decir, no puede ser facultativa sino que ella ha de estar fijada por un orden normativo. Es el caso de la tipicidad en el orden penal. Si no hay un tipo no hay delito. Acá ocurre lo mismo, si no hay un elemento normativo que la posibilite ella no puede ser usada.
3. - Proporcional: Lo que significa que la norma además de prever las condiciones fácticas de su uso tiene que prever el grado en que se ha de utilizar (no procedería imponer la muerte por la falta de pago de una pensión alimenticia) y el modo en que ha de ser utilizada (la forma que ella va a adoptar: privación de libertad, trabajo forzado, ejecución forzada de bienes etc.)
4. - Residual: la fuerza ha de utilizarse en defecto de otros medios de hacer que la conducta se adecue a la norma. Eso significa que la fuerza ha de ser el último recurso a aplicar.

Lo dicho nos coloca en la perspectiva según la cual el uso de la fuerza por parte del derecho, condicionada por los factores vistos, hace posible que el derecho pueda ser descrito, sin embargo, hay ciertos planteamientos que se oponen a incluir a la fuerza como elemento constitutivo de la definición de derecho, tales argumentos son:

a.- Un planteamiento subjetivista según el cual el derecho es un orden coactivo pero Justo. Sólo eso es lo que lo hace diferente de la banda de ladrones, es decir, el principio valórico sobre el que se asienta. Tal planteamiento es aceptable de no ser por una consecuencia inevitable que lleva consigo: que se podrá sostener entonces – como lo hace San Agustín, a quien cita Kelsen – que sólo es un orden justo aquel que acata la justicia del dios verdadero, en el caso de Agustín, el del dios cristiano. Eso significaría que el derecho romano no existe, no es un orden jurídico y puede ser excluido de suyo como derecho. Lo mismo ocurriría desde una concepción capitalista con respecto al derecho comunista y viceversa. Un concepto del derecho que conduzca a una concepción como esa no es aceptable por una ciencia del derecho positivista pues no podría estarse a lo describable como derecho. De tal forma se descarta un orden de tal tipo. (Hay que hacer una precisión sin embargo: En el planteamiento Kelseniano está a la base la idea de que lo que se propone como derecho, puede ser descrito, y pueden proponerse varias estructuras jurídicas diversas). La exclusión es lo que no se puede aceptar, pero no es claro el por qué, y no lo es por cuanto la propia teoría pura del derecho afirma que es posible construir una teoría general del derecho, y ella

misma lo es, lo cual supone que hay un solo derecho ¿por qué entonces utilizar el argumento de que la teoría del derecho como un orden coactivo justo conduce a una concepción excluyente del derecho inaceptable por la ciencia del derecho?

2. - La segunda contra argumentación proviene del análisis del propio derecho: Según tal concepción, no es posible definir al derecho como un orden coactivo ya que en cuanto a su composición el derecho contiene normas sin sanción. El primer caso se trata de las normas constitucionales: Las normas constitucionales que regulan los procedimientos legislativos, no prevén sanciones para el caso de no ser observadas. La respuesta de Kelsen es que un análisis más depurado de las normas nos muestra que el derecho es un sistema de normas de modo que no podemos esperar que cada norma contenga una sanción, sino que la sanción es un momento que puede estar guardado por una determinada norma, así por ejemplo, las normas A, B, C no estatuyen sanciones, pero la norma D si lo hace. Y dice Kelsen al respecto que aquellos casos en que no se establece una sanción “se trata de normas no independientes que sólo determinan una de las condiciones bajo las cuales han de dictarse y cumplirse los actos coactivos por otras normas”. De tal forma se despacha éste argumento y también el próximo: Hay quienes sostienen que las Obligaciones Naturales son el caso más claro de normas sin sanción, tales obligaciones se caracterizan porque su cumplimiento no está amparado por una acción y por lo tanto no están amparadas por la fuerza, y aquí, no podemos dar el argumento de que la norma se ha de cumplir a través de otras normas pues es imposible atender a otra norma para hacer cumplir una obligación natural. La respuesta de Kelsen es que en éste caso se trata de la mera “limitación de la validez de una norma que estatuye una sanción” (Pág. 64), es decir, se trata de la propia capacidad del derecho de determinar la objetividad con que ha de determinar el uso de la fuerza. El argumento atiende a que lo que no se concede es una acción, lo que no es excluyente de que la fuerza permita retener lo pagado por una obligación natural.

Las condiciones dadas denotan que hay un atributo del derecho, la fuerza, que no tienen otras disciplinas. Junto con ello el derecho va a concentrar el uso de la fuerza, lo que nos lleva a preguntar cómo se produce tal hecho.

b.- el monopolio del estado respecto de la fuerza: “ En un estadio primitivo en la evolución del derecho la reacción sancionatoria frente al hecho antijurídico es enteramente descentralizada. Reina el principio de la defensa propia. En el curso de la evolución, ésta reacción sancionatoria ante la circunstancia antijurídica es centralizada en medida creciente, en cuanto la determinación del hecho ilícito, así como el cumplimiento de la sanción, son reservados a órganos que funcionan dividiéndose el trabajo: tribunales y funcionarios ejecutivos. El principio de la defensa propia es limitado en todo lo posible. No puede ser enteramente excluido. Inclusive en el estado moderno, en que la centralización de la reacción sancionatoria ante la situación ilícita alcanza su grado máximo, siempre permanece un mínimo de autodefensa. Tal es el caso de la legítima defensa” (Cf. Pág. 53)

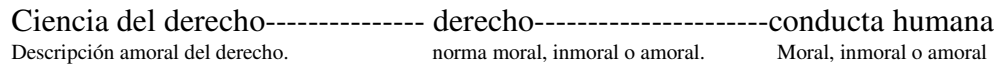
Kelsen no da la razón de esta centralización del uso de la fuerza, sin embargo, podemos señalar que se trata de un proceso que se constituye en el efecto del predominio de la ciencia por sobre otros criterios acerca de lo correcto, y en tanto el criterio científico se impone, se impone también el concepto de órgano especializado. La mayor objetivización en el uso de la fuerza contiene la idea de la especialización, un uso será más

objetivo mientras más especializado sea. Así, ¿cuál puede ser el único órgano especializado que está en condiciones de tener el control sobre la fuerza? Sólo aquel que tiene el atributo de aplicar la norma, aquel que determina cuándo esta se aplica y cuándo no. Ese órgano especializado es el órgano que aplica el derecho, el tribunal. No se puede, por tanto, dar una explicación al monopolio del uso de la fuerza por parte del derecho si no es en función del desarrollo de un conjunto de conceptos como objetividad, instrumentalidad, especialidad, estado de derecho.

c.- El tercer punto que dejamos expuesto es el que dice relación con el hecho de que lo que distinguiría a la ciencia del derecho de otras disciplinas sería el objeto. Su objeto es el derecho, el sistema de normas, el cual por definición está conformado por un concepto llamado Fuerza. De tal forma, no se da una diferencia en cuanto a lo que ambas ciencias son sino en lo que estudian. Pero tal distinción es lo discutible porque nos dirá Rickert que no podemos pretender obtener una distinción entre las ciencias por el objeto naturalmente considerado ya que es para todas el mismo. Así, la física estudia la fuerza, la sociología las fuerzas sociales, la economía, las fuerzas económicas, de manera que podemos encontrar que más de una disciplina tiene el mismo objeto, y si consideramos las dificultades con que nos hemos encontrado para distinguir el principio de causalidad del de imputabilidad, no podemos sino decir que el objeto fuerza es compartido por otras ciencias de modo que la ciencia del derecho es una ciencia más de las naturales que estudia al objeto fuerza, a menos que aceptemos que está considerando a su objeto desde una perspectiva valorativa, ya que sería la única forma de encontrarnos con un objeto diferenciado. Pero ¿Es posible que la ciencia del derecho describa a un concepto de tipo valorativo? La problemática está dada en una oposición básica: Kelsen considera, como positivista que es, que la ciencia sólo puede describir hechos, y la ciencia del derecho describe al derecho como un hecho, sin considerar la carga valórica que él tenga. Sin embargo, decimos que el único modo de concebir que la fuerza sea atributo del derecho es que ella actúe como un valor. ¿Es posible llegara un acuerdo entre ambas posturas? No, porque Kelsen replicará que los valores, que pueden estar presentes en la construcción del derecho como elemento subjetivo del legislador, no pueden ser descritos por la ciencia del derecho de forma que en tanto la fuerza es gradable, proporcionable, determinable en la forma en que ha de ser usada, no tenemos por qué tratarla como un valor. ¿Subsiste entonces la distinción en función de ella? No hay una sola respuesta posible porque no hay un argumento que concilie a estas dos posturas que más que contrapuestas son paralelas.

EL CUARTO PUNTO: SI LA CIENCIA DEL DERECHO ES DISTINGUIBLE DE LA ÉTICA COMO ESTUDIO DE LA MORAL.

En el estudio que estamos realizando nos encontramos con una tríada, a la que no debemos olvidar y que podemos simbolizar así:



El esquema que hemos expuesto nos muestra la situación que debe ser razonada a la luz de la teoría pura como una teoría positivista. La conducta humana persigue diversos fines, diversos valores, tales fines pueden estar determinados por valores morales como la justicia, la equidad etc., por antivalores como en el caso del asesinato o el fraude a la ley o por actos en los que no es posible distinguir valor alguno como ocurre con los actos de una persona interdicta por demencia. A su vez, el derecho en cuanto a su producción está determinado por inclinaciones subjetivas, lo que las personas quieren como sociedad, así por ejemplo no podemos obviar que el recurso de revisión está inspirado en la idea de justicia, que una regla de procedimiento que estatuye la forma de proveer un cargo administrativo no quiere un bien o un mal para sujeto determinado sino que establece una regulación respecto del propio derecho (norma de producción del derecho) de manera que no sería moral ni inmoral, lo mismo que se dice que una ley de aborto es inmoral. La ciencia del derecho en tanto describe hechos no puede describir valores, no puede pronunciarse acerca de si tal derecho es mejor o peor que tal otro, si un derecho es un progreso respecto de otro, ella es amoral. Los problemas que se nos suscitan son entonces:

- a.- Si es posible distinguir entre la norma moralmente considerada y la norma no moralmente considerada. Si es posible lo primero el derecho es independiente de la moral.
- b.- la diferencia entre el derecho y la moral y por tanto de la ética y la ciencia del derecho.
- c.- Si es posible distinguir entre el sujeto observador y el objeto observado de tal manera que podamos sostener que la descripción del derecho es posible avalorativamente, y por ende científicamente. Esto gira en torno a la discusión respecto del objeto de la ciencia del derecho; pues si el derecho tiene como atributo la moralidad, una descripción que no considere a ésta última no sería una descripción del derecho sino un bosquejo parcial de su figura.

A.- EL PROBLEMA DE LA DISTINCIÓN.

Nos señala Kelsen que si se admite que el derecho, por su naturaleza, es moral, entonces carece de sentido exigir, presuponiendo un valor moral absoluto, que el derecho deba ser moral (Cf., Pág. 79) Con ello nos quiere señalar un principio lógico: si una contiene como elemento constitutivo a otra de modo que no puede prescindir de ella pues es parte de su esencia, entonces no le podemos exigir que lo tenga, sería una burda pretensión. Si alguien dice que el derecho debe ser moral está pretendiendo que puede no serlo. La exigencia de distinguir al derecho de la moral se da en dos ámbitos:

1. - uno sin sentido: según el cual el derecho ha de corresponderse con una moral absoluta, con una justicia absoluta. En cuyo caso el derecho no podría no ser moral, pues ¿qué puede quedarse fuera del absoluto? Nada.

2. - uno con sentido: Según el cual la configuración del derecho positivo debe corresponder a un determinado sistema moral, entre los muchos posibles. Osea, la distinción sólo tiene sentido en una proposición relativista de la moral. De tal forma cuando se evalúa un sistema jurídico como moral o inmoral sólo se está diciendo que la validez de un orden jurídico positivo es independiente de su correspondencia, o de su falta de correspondencia con cierto sistema moral.

El argumento es lógicamente impecable, es decir, si el derecho puede corresponderse con uno u otro sistema moral, entonces el derecho tiene una validez independiente de ambos, con lo que despachamos el problema de la independencia del derecho de la moral.

PRIMERA OBJECCIÓN: Al argumento dado le opondremos alguna disquisición de corte kantiano. Con respecto a lo primero diría Kant que Kelsen no ha entendido bien su obra la “Crítica de la Razón Práctica” pues simplemente ha confundido Máximas con Imperativos: Máxima: Es toda proposición acerca del deber moral condicionada por un fin determinado. Así, si yo digo “ Quiero ser alguien en la vida, por lo tanto, debo trabajar” estamos frente a una máxima que, no necesariamente es moralmente buena pues simplemente subordina una acción a un resultado.

Imperativo: Proposición incondicionada acerca del deber moral. Los imperativos mandan una conducta sin determinar a ésta a ningún fin. (son desinteresados). Kant denota que éste tipo de proposiciones son las únicas verdaderamente morales pues no están condicionadas. Si yo digo “Sé justo” estoy proponiéndome incondicionadamente una conducta (recordemos lo dicho antes respecto de que mi conducta debe pretender ser universal. La diferencia que vería Kant entre el derecho y la moral radicaría en que la moral contiene imperativos, pero el derecho en tanto una relación condicional, sólo máximas. De modo que el derecho sería una moral relativa, por lo que la expresión de que “debe ser moral” significa que sus máximas deben adaptarse a los imperativos morales, de donde no sería inoficioso afirmar desde una moral absoluta lo que Kelsen pretende es una falta de sentido. La objeción sin embargo no contradice en nada el que se pueda pensar al derecho como independiente de la moral.

SEGUNDA OBJECCION: otro inconveniente radica en que el argumento dado no es consistente porque lo único que dice es que el derecho puede adecuarse a una moral y también a otra por lo que es independiente de las dos, sin embargo, eso no significa que el derecho no deba estar vinculado con por lo menos una moral. Es decir, que el derecho pueda estar vinculado con una o con otra moral no nos conduce a que pueda no estar vinculada con ninguna. Por tanto, el argumento es un pésimo argumento pues da pie para una doble lectura. La pregunta no es si el derecho puede ser moral o amoral, si el derecho está en concordancia con una o con otra moral sino ¿Puede el derecho ser amoral, no estar vinculado con ninguna moral? No. Sin embargo, podemos aplicar para pensar este tipo de cuestiones, la distinción que hace Mario Bunge entre los soportes extracientíficos y el resultado objetivo final que es la ley científica. Para Bunge, la forma en que nosotros

llegamos a una teoría es diversa, un individuo traumatado por sus padres en la niñez puede lograr a partir de allí ser un gran psicólogo y plantear una excelente teoría acerca de los traumas. Lo que no puede ocurrir es que el proceso de verificación se vea contaminado por esa herencia de niñez, o sea, lo único que debe importar a la ciencia, son las condiciones de verificación y el que ésta sea objetiva, es decir, que se pueda reproducir. En la verificación se elimina la subjetividad. En derecho ocurre exactamente lo mismo; el derecho como resultado es totalmente independiente de los valores subjetivos que concurrieron para su formación. La objetivización se da en la norma. La ciencia del derecho describe la norma y por lo tanto describe una estructura objetiva, una estructura en la que no vamos a encontrar valores, lo mismo que ocurre con este psicólogo y su trauma del que es posible describir su teoría sin considerar su vida pasada y ni siquiera su vida; no necesitamos siquiera conocerlo. Es un buen argumento pero Kelsen no lo da.

CONTRAOBJECION: Pero es imposible prescindir de los fines perseguidos por el derecho cuando lo describimos, y esos fines son subjetivos en tanto corresponden a una comunidad determinada. El sujeto que describe al derecho no puede prescindir de los fines perseguidos por el legislador cuando instauró una norma, pues de lo contrario, la norma sería incomprensible; basta con citar el ejemplo del Recurso de Revisión ¿Cómo podría describir la ciencia del derecho al artículo 810 N° 3 del CPC chileno que dice que “La Corte Suprema de Justicia podrá rever una sentencia firme en los casos siguientes: N° 3: Si la sentencia firme se ha ganado injustamente en virtud de cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta, cuya existencia haya sido declarada por sentencia de término”. El legislador en el caso expuesto ha usado una expresión valorativa, ¿Puedo describir tal norma de derecho sin la valoración?

RESPUESTA A LA CONTRAOBJECION: Lo que la ciencia del derecho hace es describir la norma. Y dice Kelsen “ La exigencia de distinguir el derecho de la moral, y a la ciencia jurídica de la ética, significa que, desde el punto de vista de un conocimiento científico del derecho positivo, su legitimación a través de un orden moral diferente del orden jurídico es irrelevante, dado que la ciencia jurídica no tiene que aprobar o desaprobar su objeto, sino conocerlo y describirlo. Aún cuando las normas del derecho, como prescripciones de deber, constituyen valores, la función de la ciencia jurídica de ninguna manera radica en valoraciones y evaluaciones, sino en una descripción axiológicamente neutral de su objeto”. (Cf. Pág. 81) . Lo dicho por Kelsen no es más que una declaración de principios; de hecho él no da el argumento objetivista que dimos antes sino que expone la cita transcrita. Con ella la contraobjeción es que la descripción del derecho sigue un método avalorativo, es decir, que habría una forma de significar el objeto norma de tal manera de no usar conceptos valorativos. En tal sentido nosotros estamos cometiendo una falta metodológica pues hablamos de valor pero no hemos dicho cuándo valoramos y cuándo no valoramos, no hemos definido el término.

Para situar éstos conceptos tenemos que hacer un ejercicio mental: Si observamos a los objetos de la naturaleza decimos que algo ocurre allí o aquí, que llueve o que calienta el sol, para la naturaleza lo que ocurre se produce con el mismo grado de necesidad con que sucede cualquier cosa. Pero cuando nosotros decimos que tal objeto sirve para tal o cual cosa jerarquizamos, es decir, priorizamos lo que más nos interesa dentro de lo que acaece. Y entonces nace el valor: cualidad que nos permite priorizar, decir

qué es más o menos importante. Para utilizar un giro que no es nuestro sino que de Ludwig Wittgenstein: Los hechos tienen todos el mismo valor: ninguno. De tal modo las jerarquías que establecemos entre las cosas, la determinación de qué es lo más importante es el valor. Tal planteamiento es general, es la estructura básica de la moral. No hemos dicho si la jerarquización es buena o mala, incluso, que valoremos más una cosa que otra, más un fin que otro es anterior, es condición al juicio sobre la moralidad o inmoralidad de lo jerarquizado. Pero tenemos, sin embargo, establecido lo que queríamos precisar, la distinción entre valorar y no hacerlo. En éste sentido avalorar es no darle más o menos importancia a las cosas, no utilizar giros lingüísticos que contengan conceptos de ese tipo. Concluyendo éste punto tenemos que decir que el intento por establecer una independencia del derecho respecto de la moral, en tanto es discutible, no nos proporciona un motivo definitivo para responder al cuarto punto que dejamos expuesto: si el quehacer del derecho es distinguible al quehacer de la moral; esta no es la vía para dar la respuesta puesto que no hay un argumento definitivo para decir que podemos describir el derecho avalorativamente. Argumentos racionales hay para ambas posturas. Frente a ésta respuesta negativa pasamos a un segundo intento..

EL SEGUNDO PUNTO: DIFERENCIA ENTRE EL DERECHO Y LA MORAL.

Si aceptamos que es posible describir al derecho con independencia de la carga valórica que éste tenga, sin embargo, no es eso respuesta para la pregunta ¿y qué hace diferente a la ciencia del derecho que estudia al mismo y la ética como estudio de la moral? Kelsen reafirma ésta interrogante cuando señala que “junto a las normas jurídicas hay también otras que regulan el comportamiento recíproco de los hombres, es decir, que son también normas sociales. La ciencia del derecho, en consecuencia, no es la única disciplina orientada al conocimiento y descripción de las normas sociales. Cabe abarcar esas otras normas sociales bajo la denominación de “moral”, y la disciplina orientada a su conocimiento y descripción puede ser designada como “ética”. (Pág. 71) . Pero debe haber una diferencia entre ambas, pues de lo contrario la ciencia del derecho sería lo mismo que hacer Ética. Las posibilidades que se le presentan a Kelsen de distinguir ambos aspectos del conocimiento humano son despachadas rápidamente:

1. - Un primer planteamiento dice que se trata de la conducta, que la moral exige una determinada conducta y el derecho otra. Sin embargo eso es falso porque, por ejemplo, el suicidio puede estar prohibido por la moral y también por el derecho de manera que ambas esferas son perfectamente coincidentes.
2. - Otra tesis sostiene que la diferencia está en que el derecho prescribe una conducta externa, mientras que la moral prescribiría una conducta interna. Pero tal distinción es también falaz puesto que la moral, por ejemplo, en la virtud moral de la valentía, no se exige solamente un estado anímico de impavidez, sino también el comportamiento externo regido por ese estado anímico, y lo mismo ocurre con el derecho cuando prohíbe el homicidio, entonces, no sólo rige una conducta externa sino que también se dirige a la intención.
3. - Una tercera diferenciación radicaría en que la conducta interna que la moral exigiría, a diferencia del derecho consistiría en que la conducta para ser moral tiene que producirse contra las inclinaciones, o lo que es lo mismo, contra un interés egoísta. Eso significaría que tal cosa no ocurriría con el derecho, al cual no le importarían las inclinaciones sino

simplemente que la conducta se adecue a la norma, sin embargo, en el derecho no tiene por qué no ocurrir lo mismo, así es que una norma que prescribe una determinada conducta humana, tiene sentido si ha de lograrse una situación diferente de la que se obtendría si todos siguiesen sus inclinaciones o intentaran satisfacer sus intereses egoístas, inclinaciones e intereses que ya se dan sin requerir la validez y eficacia de un orden social. El derecho puede contener normas que pueden estar o pueden no estar en contradicción con determinados intereses egoístas de manera que tampoco es éste un argumento definitivo.

Visto así, no hay en definitiva una distinción determinante entre derecho y moral que facilite la línea divisoria entre ciencia del derecho y ética, a no ser que nos atengamos a un factor de tipo externo. De tal forma no cabe reconocer una diferencia entre derecho y moral con respecto de qué sea lo que ambos órdenes sociales ordenan o prohíben, sino únicamente en cómo ellos obligan o prohíben una determinada conducta humana. El derecho sólo puede ser distinguido esencialmente de la moral cuando es concebido como un orden coactivo; es decir, cuando el derecho es concebido como un orden normativo que trata de producir determinada conducta humana. (Cf. Pág. 75) . La diferencia entonces está en la forma, en el cómo se alcanza lo que se prescribe. Y llegamos de nuevo al concepto de coacción, concepto que, aparentemente, es el único que nos está quedando como distintivo externo de la ciencia del derecho de la moral y de la ciencia del derecho de la ciencia en general. De ese modo, el derecho induce a una conducta determinada y enlaza a la conducta opuesta un acto coactivo socialmente organizado; mientras que la moral es un orden social que no estatuye sanciones de ese tipo; sus sanciones se reducen a la aprobación de las conductas conforme a la norma y a la desaprobación de la conducta contraria a la norma.

La distinción es aparentemente clara pero deja algunas preguntas flotando; ¿Es entonces el derecho un estadio más evolucionado que la moral? ¿Es derecho una moral que estatuye sanciones físicas? Con el argumento de Kelsen tendríamos que decir que a la moral le falta un atributo para ser derecho, lo que significa que si la moral llega a tenerlo se transforma en derecho ¿por qué no pensar el argumento de ésta forma y no como lo piensa Kelsen? La verdad es que de nuevo nos encontramos con una aporía, la de que podemos con un mismo argumento llegar a conclusiones diversas. Kelsen tendría que decirnos si lo que hay es una separación definitiva que se da en el tiempo y en el espacio, si el derecho es un estadio más evolucionado que la moral, sólo entonces podríamos decir que la respuesta que nos ha dado es clara, pues, como argumento paralelo al de Kelsen nos basta con señalar que si lo que diferencia al derecho de la moral es la coacción, basta con que la moral sea coactiva y sería derecho, en cuyo caso la estática describiría al derecho. Y tal argumento no sería difícil de sustentar si apelásemos a la historia, si diéramos el ejemplo de algún pueblo en que no se distingue a la moral del derecho. La distinción Kelseniana sólo es sustentable si:

1. - Describimos la idea de la existencia de un solo derecho. (pues sólo entonces es generalizable la distinción por la vía de la fuerza)
2. - Si concebimos al derecho de una forma estática (sólo podemos dar tal diferencia si describimos al derecho de ahora). Una concepción evolutiva tendría otro concepto del derecho, luego, la teoría pura es un punto de vista, no puede por lo tanto ser científica. Discutiremos el asunto cuando veamos la dinámica y la estática jurídicas.

C.- EL PROBLEMA DE LA DISTINCIÓN ENTRE SUJETO OBSERVADOR Y OBJETO OBSERVADO.

El derecho es describable desde una perspectiva positivista. Ahora bien, qué es lo que hace que podamos describirlo sin considerar, sin que esté involucrado el sujeto que lo describe en la descripción misma. A esa descripción es a la que le designamos el nombre de “Objetiva”. Sin embargo, los antecedentes que hasta ahora hemos reunido nos atestiguan más bien un fracaso que un éxito, hay más no que sí. Al respecto lo único seguro y que sostiene a la teoría pura es la idea de fuerza y la concepción instrumental de la ciencia. El positivismo postula a la ciencia como neutral, como un saber del que no depende lo que con él se haga, y lo mismo ocurre con la ciencia del derecho en cuanto describe el derecho de un estado, el cual, puede estar en contradicción con el de otro y sin embargo, ambos son derechos. De aquí surge el problema del derecho internacional que sería más bien un orden moral pero no un orden jurídico. Por otro lado está la fuerza, la cual funciona como elemento determinante de un derecho entendido como estatal y también como el único elemento de distinción entre el derecho y otros sistemas sociales, lo que concita el problema de que se trata de una diferencia externa en lo que se refiere a la diferencia entre ciencia del derecho y las demás ciencias de tal modo que en sí mismas no hay diferencia alguna. Además hemos dicho recién que el propio positivismo sólo es aceptable como teoría de la ciencia en tanto una teoría estática. (la visión histórica es la que se vislumbra en la actualidad, una visión que tendrá indefectiblemente que renunciar a la teoría de la ciencia como una ciencia objetiva, como una concepción ahistórica)

Pero según Kelsen, el derecho es un sistema y el científico del derecho tiene que describirlo ateniéndose a que la descripción será:

1. - avalorativa.
2. - Apegada a lo que se puede registrar de él.
3. - con una concepción sistemática del derecho.

Lo que queremos examinar es cómo describe la ciencia del derecho positivista al derecho positivo, el único describable, y si las teorías acerca de las distintas instituciones jurídicas no son sino el resultado de ese condicionamiento positivista de atenerse a los hechos. El derecho es un hecho describable, y si algo hay en el derecho que no pueda ser descrito, pues esa es la única descripción objetiva, entonces, se lo deja como un elemento subjetivo al cual simplemente la norma no sanciona y por ende no necesita ser descrito (lo que también se podría leer, no forma parte del derecho). Tal cosa ocurre por ejemplo con un concepto como el de la autonomía de la voluntad, terreno subjetivo del que no hay registro posible. El positivismo lógico estatuye un criterio de la objetividad: el sentido y el significado. El significado ya lo hemos resuelto al decir que es posible describir el derecho porque es posible comprenderlo como un hecho o como reducible a un conjunto de hechos. Lo segundo está vinculado con el concepto de Sistema del derecho, con la posibilidad de describir la **lógica del derecho**. Es decir, hay posibilidad de distinguir entre sujeto observador y hecho observado si podemos hacer una descripción objetiva del derecho, eso significa, poder interpretar coherentemente las normas jurídicas como sistemas empíricos y no como sistemas metafísicos (para poner un ejemplo de lo que estamos diciendo en la partida: jamás podría la ciencia del derecho estar de acuerdo en describir a las personas

jurídicas como personas ficticias ya que cómo vamos a registrar las consecuencias empíricas de algo que no existe). La respuesta a la interrogante se juega entonces en el tema que trataremos a continuación se propone como la manera de describir el derecho de forma objetiva: se trata de la estática y la dinámica jurídica.

ESTATICA Y DINAMICA JURIDICAS

(Una descripción objetiva del derecho y una fundamentación epistemológica entre sujeto observante y objeto observado: la posibilidad de una separación lógica entre ambos)

El estudio que estamos realizando llega a un resultado que en verdad no habíamos esperado y que consiste en que tendremos que entender a la teoría pura del derecho como una interpretación epistemológica del derecho, una interpretación que sujetándose a las estrictas normas del positivismo lógico exige de la ciencia una descripción de su objeto y jamás una pretensión de conocer lo que tal objeto sea. La visión de la teoría pura no será entonces una visión metafísica y su interpretación de las personas jurídicas, de los derechos subjetivos, de los derechos personales, de las obligaciones etc. deberá atenerse estrictamente a las limitaciones impuestas por él mismo. Vamos a describir en términos generales la interpretación de las instituciones más relevantes del derecho y dedicaremos el último apartado, luego de la dinámica jurídica, a ver ese problema de la norma fundante que a primeras vistas parece no ser más que un resabio pseudocientífico del que Kelsen debe dar cuenta. Así la respuesta a la posibilidad de distinguir entre objeto observado y sujeto observador estará condicionada por la coherencia con que la lectura positivista describe a la estructura general del derecho.

ESTÁTICA JURÍDICA: Se trata aquí de describir al derecho como un sistema de normas con validez, el derecho en su estado de equilibrio.

1. - **ACTO ILÍCITO:** La relación entre acto ilícito y consecuencia de lo ilícito no consiste en que una acción u omisión, al constituir un acto ilícito o delito, está conectada con un acto coactivo como consecuencia de la ilicitud, sino que una acción u omisión es un acto ilícito o delito porque se le ha conectado un acto coactivo como su consecuencia. No se trata de ninguna propiedad inmanente y tampoco de ninguna relación con alguna norma metajurídica, natural o divina, es decir, de ninguna relación con un mundo trascendente al derecho positivo (Cf. Pág. 126). Lo que significa que un acto ilícito no necesita ser explicado más que por la vía de sus consecuencia. La coacción, que es una consecuencia descriptible, absorbe por completo al hecho ilícito, no se necesitan más explicaciones para éste. Así la ciencia del derecho positivo basta para explicar el hecho ilícito, nada se queda fuera de su explicación. No hay por lo tanto un delito en sí, un mal en si mismo y el derecho no necesita que lo haya. La descripción que hace la teoría pura del derecho es una descripción relativa a lo que es suficiente para la existencia del derecho y no respecto de lo que es necesario para él. El mismo argumento lo encontramos respecto de la obligación Jurídica, la cual existe porque existe la sanción.

2. - LA RESPONSABILIDAD: Resulta problemático para la teoría del derecho la justificación del hecho de que las personas deban responder en ciertos casos por lo que ellos mismos no han hecho. La obligación está condicionada a la persona obligada, pero no ocurre lo mismo con respecto a la responsabilidad, tal ocurre con el artículo 2319 de nuestro código civil en que se establece que “No son capaces de delito o cuasidelito los menores de siete años y los dementes, pero serán responsables de los daños causados por ellos las personas a cuyo cargo estén, si pudiere imputárseles negligencia” ¿Qué justifica al derecho el constituir tal tipo de vínculo jurídico? Kelsen no da una respuesta al respecto sino que simplemente describe que el derecho puede concebir tal tipo de conexión entre la norma y las personas. Lo único que dice, sin precisión definida, es que al derecho lo que le interesan son los resultados, las consecuencias de una acción, y si ésta es relevante, necesita darle un sentido determinado, o sea, un sujeto que responda y por ello nace la Responsabilidad que, a diferencia de la obligación, necesita siempre de un elemento auxiliar, como en el caso planteado, la negligencia. El límite de la atribución de responsabilidad por el hecho de un tercero es que debe haber una ligazón, un vínculo entre quien comete el daño y el responsable por él. En el caso, se trata de un sujeto que depende de otro o está en relación de parentesco con el mismo. Tal vínculo debe ser objetivo, es decir, debe estar previamente determinado por la norma (no podría figurarse una responsabilidad por la existencia de un lazo de amistad, que no es objetivo) Luego, la responsabilidad se funda en la posibilidad de atribuir a un sujeto determinado la conducta de un tercero con quien está ligado objetivamente. Con ello, la venganza de la sangre estatuida por el derecho “primitivo” no tiene o no puede tener validez. En el caso de la negligencia por el hecho ajeno Kelsen la caracteriza en términos de que el orden jurídico obliga a prever determinados acontecimientos indeseables, que, en cuanto consecuencias de determinadas conductas, pueden ser normalmente previstos. Los elementos auxiliares con que debe atribuirse la responsabilidad deben también ser objetivos. Y de nuevo se resuelve el asunto con la sanción por cuanto “la obligación de reparar el daño sólo aparece, no sólo cuando el ocasionar el daño es convertida en condición de una sanción, sino también cuando la no reparación del daño ocasionado contra derecho, es condición de la sanción” (Pág. 137)

3. -. DERECHOS SUBJETIVOS: La definición que nos aprendemos todos en las escuelas de derecho dice que “derecho subjetivo es el poder o señorío de la voluntad de una persona amparado por el derecho objetivo”. Tales derechos pueden estar referidos a cosas, comportamientos u otros valores. Tal concepto significa que hay un conjunto de derechos que pertenecen en exclusiva a los sujetos de derecho y que les permite desenvolver su libertad, lo cual está amparado por el derecho objetivo. Que sean subjetivos significa que son relativos, que no son exigibles de cualquier derecho, y el derecho objetivo tiene la función protectora de tales derechos. De ésta forma se habla de derechos y obligaciones, y no de obligaciones y derechos, lo cual constituye una tendencia a concentrar en los pretendidos derechos subjetivos el interés jurídico. Primero hay un derecho subjetivo y luego un derecho objetivo, primero hay un derecho y luego una obligación. Escudriñando el asunto, llegamos fácilmente a la conclusión de que el derecho objetivo existe como consecuencia del derecho subjetivo, que el derecho subjetivo es condición del derecho objetivo. La construcción que describimos es desde la perspectiva positivista, indescriptible porque parte de una base metafísica: la idea de que a la base de todo el derecho se encuentra la libertad de la voluntad. El hilo conductor de Kelsen al respecto es evitar

justamente describir el derecho con fundamentos metafísicos, y como ya hemos delineado en nuestro estudio:

- a.- la libertad no es un supuesto necesario para la existencia del derecho (ver el problema de la imputación)
- b.- el derecho subjetivo puede describirse sin apelar al factor pseudoproposicional.

Para hacer breve el asunto debemos señalar que Kelsen se opone al dualismo que crea la relación Derechos subjetivos – derecho objetivo como si existieran dos mundos. Lo que podemos describir es que en tal relación lo que hay es la apariencia de la existencia de dos situaciones jurídicamente relevantes, cuando sólo se da una. El dualismo es incompatible con la sistematicidad del derecho. Esa realidad única es el derecho objetivo, los derechos subjetivos son sólo un reflejo de éste derecho objetivo, por ello, Kelsen les llama derechos reflejos. Para decirlo con mayor precisión, la teoría según la cual “existe un ámbito de poder propio de las personas naturales en que éstas se desenvuelven con libertad de manera que tal espacio propio tiene como atributos ciertos derechos con los que protege su libertad y restringe la imperatividad de un cierto derecho llamado objetivo o público”, es una teoría **innecesaria para describir el derecho, y lo es por cuanto el derecho subjetivo es reducible siempre, incluso en aquella fase llamada libertad al derecho objetivo.** Kelsen funciona con un principio de razonamiento que no explicita de una manera expresa sino que aparece fragmentariamente en su manera de pensar. Tal principio consiste en que “para que la ciencia tenga por fundamentado un esquema explicativo debe cumplir con que la explicación sea suficiente y no necesaria”. Tal cosa es la que ocurre con el concepto de Derecho subjetivo: una fundamentación metafísica del mismo es innecesaria para que el mismo tenga existencia, basta con que podamos explicarlo a partir del derecho objetivo. Sólo entonces podemos evitar la contradicción entre una norma imperativa (la objetiva) y una norma emanada de una facultad (norma contractual por ejemplo). En lo consecutivo se dedica a fundamentar tal postura, la cual, desde la perspectiva del positivismo lógico es plenamente concordante ya que éste rechaza los fundamentos pseudoproposicionales para explicar las instituciones jurídicas. Para Kelsen lo que hay en lo que se llama derecho subjetivo es que un hombre está obligado a comportarse, frente a otro hombre, de determinada manera, sólo aquel, pero no éste, es sujeto, es decir sujeto de una obligación (Cf. Pág. 142). No se trata de que haya dos obligados, sino uno solo. Es el famoso argumento que plantea que cuando ejerzo un derecho (instalo una casa en un inmueble de mi propiedad) entonces ese ejercicio sólo es jurídico porque el derecho objetivo dice que todos los demás individuos deben respetar lo que he hecho con mi derecho (no pueden invadir mi casa, quitármela, incendiarla etc.) de modo que el derecho subjetivo surge porque el derecho objetivo obliga a los demás sujetos a una determinada conducta con respecto a mí. Así, el derecho subjetivo, al cual Kelsen llama reflejo (del objetivo), consiste solamente en la obligación del otro. La tesis tradicional, según la cual el derecho subjetivo sería un objeto de conocimiento distinto de la obligación jurídica, atribuyendo inclusive a aquel prioridad sobre ésta, debe ser referida a la doctrina del derecho natural – dice Kelsen -. Esta supone que existen derechos naturales, innatos al hombre, existentes antes de todo orden jurídico positivo; el principal entre ellos lo desempeña el derecho subjetivo de la propiedad privada. El derecho sin embargo puede ser descrito sin suponer la existencia de tales derechos, así por ejemplo, no hay inconveniente en reemplazar el concepto de libertad por el de instinto, inclinación o

tendencia, y de todas formas el derecho objetivo puede imputar igual a la conducta una determinada consecuencia.

4. - LOS DERECHOS PERSONALES Y REALES: Trata Kelsen en el mismo apartado a ambas formas jurídicas pues siguiendo el mismo argumento anterior va a señalar que los derechos reales son absorbidos por los derechos personales y éstos últimos por el derecho objetivo, el cual a su vez, va a tener preponderancia porque tiene el monopolio de la fuerza. El argumento es que “También el derecho sobre una cosa es un derecho con respecto de personas” (Pág. 143). De tal forma, el derecho real no consiste sino en la obligación de los otros individuos a consentir ciertos actos de disposición; es decir, en la obligación de no impedir esos actos, o de no intervenir en ellos. De tal forma la insistencia en pretender que la propiedad por ejemplo es una relación entre una persona y una cosa no obedece sino al hecho de que con ello se oculta su función socioeconómica, es una ideología (En Kelsen todo lo que no sea descriptible es ideología).

Por otro lado se afirma también que los derechos subjetivos son un interés jurídicamente protegido, pero ello involucra un dualismo de tipo contradictorio porque, si el derecho en sentido objetivo, es norma, o un sistema de normas, y si el derecho en un sentido subjetivo es algo enteramente diferente, a saber, un interés, no cabe subsumir bajo el mismo concepto superior tanto al derecho objetivo como al subjetivo. Habría pues una evidente contradicción. Siguiendo con el mismo razonamiento, el derecho subjetivo no se constituye como la protección de un interés, cualquiera sea éste, sino que es la protección de aquel interés que el propio derecho objetivo establezca. Se trata de una respuesta plenamente coherente con el planteamiento positivista pues el derecho objetivo determina lo que le interesa proteger de tal forma que no queda como un lugar arbitrario e indeterminado en que no son posibles las reglas sino en que justamente éstas imperan.

Resumiendo, y para no caer en repetición de argumentos, que un individuo tenga un derecho subjetivo, es decir, que “tenga” determinado poder jurídico, significa solamente que una norma jurídica hace de determinada conducta de un individuo, la condición de determinadas consecuencias. Por lo tanto, la respuesta estructural que Kelsen da a la cuestión de los derechos subjetivos es siempre la misma: considerarlos derechos reflejos de un derecho objetivo que no necesita entidades metafísicas para explicar. Tal cosa ocurre también con:

a.- Los derechos políticos.

b.- Los derechos subjetivos como permisión.

c.- La noción de Igualdad ante la ley: Respecto de lo cual indica que cuando se habla de igualdad ante la ley, esa garantía, sólo puede satisfacerse si la constitución estatuye, en relación con discriminaciones bien determinadas, como las de raza, religión, clase o Riqueza, que las mismas no sean adoptadas por la propia legislación. No se trata aquí de un derecho subjetivo sino de una autolimitación de la propia ley.

d.- La Capacidad Jurídica: En éste caso se trata de un poder conferido por el orden jurídico para participar en la producción de la norma jurídica particular establecida en la sentencia

judicial. Se trata de un poder jurídico y su concesión por el orden jurídico constituye un facultamiento en el sentido estricto y específico de la palabra.

e.- La competencia: Hay un parentesco entre la capacidad jurídica y la competencia en tanto ésta última es entendida como el ejercicio de un poder judicial, es decir, el poder de poner en práctica los derechos reflejos (subjctivos).

f.- El órgano Jurídico: La teoría del órgano estará vinculada con las personas jurídicas pues se trata en ella de explicar cómo una persona jurídica actúa en la vida social: lo hace a través de órganos, entes especializados y establecidos por el estatuto que cumplen ciertas funciones, las cuales son atribuidas a la persona jurídica misma. Kelsen al respecto señala que el órgano jurídico es aquel individuo que ejerce una función que puede ser atribuida a la comunidad. Sin embargo, surge el problema de determinar por qué ciertos individuos son órganos y otros no, osea, por qué por ejemplo, no tiene la representación judicial de la sociedad un socio cualquiera sino el gerente. La respuesta se va hilvanando por cuanto cuando hablamos de órgano hablamos de una función especializada y predeterminada por los estatutos. Ello significa que no se puede tener un concepto amplio de órgano sino que siempre restringido, de modo que mientras más restringida funcionalmente y especializada cognoscitivamente sea una actividad, más podemos decir que estamos frente a un órgano. De tal forma, lo que caracteriza a la función orgánica es:

a.- Que obedece al principio de la división funcional del trabajo.

b.- Que está predeterminado estatutariamente lo que el órgano hará o no hará.

c.- Que el individuo que ejerce tal función está categorizado de una determinada manera.

d.- Que el órgano sólo actúa como tal cuando lo hace lícitamente. Las personas jurídicas, se dice, no son capaces de responsabilidad penal, son inimputables, pero la actuación de sus órganos puede ocasionar un daño civil, plenamente atribuible a ella en tanto lo que ha actuado es un órgano. Tal cosa es plenamente aceptable porque la sociedad que contiene al órgano que ha ocasionado el daño contiene también un patrimonio, el cual, puede perfectamente ser afectado por la reparación de los daños que ha ocasionado. Lo discutiremos más al ver a las personas jurídicas.

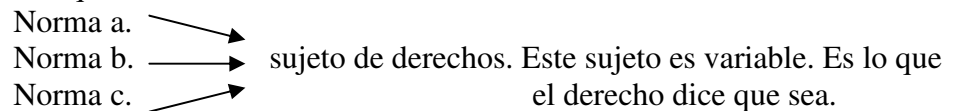
g.- En cuanto a la capacidad de derecho. La representación. En éste caso, a lo que se opone Kelsen es a la doctrina según la cual la representación es una ficción según la cual lo que una persona hace a nombre de otra se radica en ésta última. Para Kelsen, representación y Organicidad son conceptos emparentados. Un individuo es visto como representante del incapaz de hecho en cuanto se interpreta la situación que se presenta como si fuera el incapaz de hecho el que, no de por sí, sino a través de aquel individuo, cumpliera sus obligaciones, es decir, pudiera realizar una conducta cuya contraria es condición de un acto coactivo que, como sanción, estuviera dirigido contra su patrimonio. No caben las ficciones si se considera que quien confiere la atribución es la ley o el orden jurídico. Aquí, sin embargo, la postura de Kelsen resulta ambigua pues por momentos parece aceptar la idea de la Ficción y rechazarla si consideramos a la representación como un negocio jurídico.

h.- La persona: Hemos dicho que los derechos subjctivos (los reflejos) son poderes que el orden jurídico entrega a determinados entes a quienes tiene por titulares de derechos. Tal cosa significa que los sujetos de derecho pueden manifestarse de dos maneras:

1. - usando de ese poder conferido.
2. - reclamando mediante una acción por el incumplimiento de la obligación jurídica, es decir, de participar en la formación de la sentencia judicial. El segundo caso se produce pues cuando los demás no respetan esa esfera de acción proporcionada por el derecho objetivo.

Cuando decimos que un individuo es sujeto de una obligación jurídica, o que tiene una obligación, no se alude sino a que una conducta determinada de ese individuo es contenido de una obligación estatuida por el orden jurídico, es decir, que la conducta contraria es convertida en condición de una sanción, y que con la expresión de que un individuo es sujeto de un poder jurídico, de una facultad o de una competencia no se dice más sino que, según el orden jurídico, actos determinados de ese individuo producen o aplican normas jurídicas (Pág. 179). Tal descripción conlleva una idea central: Al positivismo lógico en que se encuentra Kelsen le interesa describir las relaciones jurídicas y no los sujetos en que se simbolizan, de ahí la simplificación con que se trata a los sujetos de derecho y a los órganos de derecho. E insiste Kelsen en ello aplicando el principio de la suficiencia de la descripción cuando dice “los conceptos personalizados de “sujeto de derecho” y “órgano de derecho”, no son conceptos necesarios para la descripción del derecho. Con lo dicho ya tenemos determinado lo que nos va a decir respecto de las personas: Son también construcciones del derecho en que se concentran o confluyen las normas jurídicas. (En ello es coincidente con Ferrara, para quien la explicación del hecho de que las personas jurídicas puedan tener obligaciones y derechos, que puedan actuar es debido a que el concepto de persona es una construcción jurídica más amplia que el concepto de Persona humana, los seres humanos son personas pero no toda persona es ser humano).

El esquema sería:



Nace a partir de aquí una crítica a la idea de la libertad de la persona humana, una crítica a aquellos que dicen que “el hombre es sujeto de derechos en cuanto le corresponde esa posibilidad de autodeterminarse, en cuanto tiene una voluntad”, o sea, es sujeto de derecho por ser libre. Tal planteamiento no considera dos cosas:

1. - Que la autonomía de que se habla es encontrable en un sentido muy limitado e impropio puesto que en el derecho actual **nadie puede hacerse a sí mismo de derechos.**
2. - Que la idea de un sujeto de derecho, independiente en su existencia del derecho objetivo, como portador de un derecho subjetivo que quizás no sea menos, sino más “derecho” que el derecho objetivo mismo, sirve para proteger la institución de la propiedad privada de su eliminación por el orden jurídico.

La idea de persona es entonces contingente, no necesaria para el orden jurídico, y no lo es porque el orden jurídico puede asignarle a otra categoría de entes el poder ser titular de derechos y obligaciones. Incluso, la persona física no es como piensa la teoría tradicional un hombre que tiene derechos y obligaciones sino la unidad de derechos y obligaciones cuyo contenido es el comportamiento de un hombre, sigue el mismo sentido que hemos expuesto en el esquema mostrado más arriba. Los derechos y obligaciones ya constituidos confluyen en un determinado núcleo, y ese núcleo es denominado Persona,

sujeto de derechos o titular de derechos subjetivos, también pudo ser denominado “animal”, y no lo es no porque los animales no sean libres o imputables sino que porque su conducta no es objeto del derecho y por lo tanto tampoco de la ciencia del derecho.

i.- La persona jurídica: Con lo ya dicho podremos dedicarnos a lo importante que pueda quedarnos con respecto a la personalidad jurídica. La persona jurídica según el artículo 545 del Código civil chileno es “Una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente”. Con lo dicho sacamos ciertas conclusiones:

1. - Que al ser la persona jurídica titular de derechos y obligaciones, entonces le damos la razón a Kelsen en el sentido de que es el derecho, el orden jurídico objetivo el único que existe como elemento necesario para explicar el derecho, es él quien determina a quién le otorga derechos y obligaciones, en éste caso, se trata de otorgarle derechos a una persona ficticia.

2. - La ley chilena acogería la teoría de la ficción.

Con Kelsen las personas jurídicas son descriptibles, y lo son, ya que el concepto de órgano y el concepto de persona son perfectamente determinables. Las personas jurídicas estarían compuestas de éstos dos conceptos. El problema central será responder a la pregunta ¿bajo qué condiciones un hombre, en su carácter de órgano de una asociación, ejecuta u omite determinada acción? Las acciones son por regla general humanas, sin embargo, nosotros interpretamos ciertas conductas como que no le pertenecen al sujeto humano que las realiza; ¿qué lo hace posible? La respuesta está dada en el hecho de que:

a.- El derecho es capaz de crear formas jurídicas y por ende también el criterio de distinción entre la acción de tales formas y los sujetos que la constituyen.

b.- El criterio de distinción está informado por el principio de la división funcional del trabajo. Lo que hace entonces que podamos decir que la persona jurídica tiene existencia, la cual no podría no ser sino jurídica es que ella reúne ciertos elementos como son:

1. - Distinción entre el individuo y la función que éste realiza. Si tal distinción no es posible no podemos hablar de la existencia de una persona jurídica. (y tenemos entonces que hablar de comunidad)

2. - Existencia de un orden normativo que establece los órganos especializados a través de los cuales se ha de manifestar la voluntad de la persona jurídica. Tal orden normativo es su estatuto, el cual adquiere validez en la forma en que el derecho determine. (en el caso chileno ello se realiza en virtud de una ley, o con la aprobación del presidente de la república). El estatuto se configura como el elemento determinante de las personas jurídicas por antonomasia. El estatuto dice quién es su representante, cómo se administra, cómo se participa en las ganancias y en las pérdidas, cuáles son los límites de cada órgano, si hay o no hay in sistema de policía en su interior, quién lleva el control de las cuantas etc.

De tal forma es el derecho quien, al establecer las condiciones en que han de actuar los sujetos de derecho, permite que sea posible la persona jurídica sin recurrir a la pretensión de la ficción, la ficción se basa simplemente en una lectura dualista del

derecho objetivo y el subjetivo dándole la categoría de real solamente al segundo, se basa en que el derecho privado (la libertad) se opone al derecho público (la imposición). Kelsen, y en éste estudio lo hemos ido mostrando, considera que tal dualismo es **innecesario** para la descripción del derecho, que, en lenguaje positivista, las normas son proposiciones científicas, significativas sólo en tanto se conciba que lo que hay es derecho objetivo y que ese llamado derecho subjetivo no es más que el reflejo de las condiciones con que las normas objetivas figuran los hechos. Un iusnaturalista tendría que refutar aquí dos cosas:

1. - La distinción entre lo que es necesario y suficiente para la descripción del derecho. Así ocurrirá por ejemplo con el caso que ya hemos expuesto respecto de que la libertad no es un supuesto necesario de la imputabilidad, puede ser reemplazada por otra significación como la palabra instinto o tendencia y la imputabilidad sería posible igual. Si algo puede ser reemplazado entonces no es necesario. Para el derecho objetivo lo único necesario es la fuerza y el estado como unidad territorial histórica, pero nada más. Las personas, los derechos reales, el concepto de propiedad no son necesarias sino contingentes, pueden ser reemplazadas.
2. - Si el derecho es o no reductible a las personas humanas, si queda algo del derecho si quitamos a las personas humanas.

En tanto la persona jurídica ha de ser concebida en los términos antes descritos, es capaz de contraer obligaciones, de tener derechos, de ser representada orgánicamente, es decir, es capaz ante el derecho pues es un resultado de él. De ahí que no pueda concebirse que una persona jurídica pueda actuar como tal en forma ilícita, de hacerlo, resultaría que no estamos entonces frente a una persona jurídica, no puede el derecho dar pie, concebir un sujeto de derechos, un haz de obligaciones y derechos, que niegue al propio derecho. A partir de aquí comienzan las conclusiones absurdas pues Kelsen concibe que el concepto de persona es una construcción jurídica y que por ende la persona natural es en cuanto a su conducta objeto de derecho, pero no necesario, entonces ¿por qué es posible concebir una conducta ilícita de la persona humana pero no de las personas jurídicas? La pregunta quizá sea absurda pero es plenamente consistente con el argumento que hemos hilado hasta ahora. Cuando Kelsen dice que el derecho subjetivo es un reflejo del derecho objetivo y que por lo tanto el sujeto de derecho es reemplazable, que no es necesario, no se ve entonces por qué dicho sujeto puede cometer actos ilícitos y no las personas jurídicas en tanto ambos son reductibles a complejos de normas. La única explicación que cabe es que el sujeto de derecho llamado persona humana contiene algo más que el derecho, no es reductible al derecho y ese algo más, la libertad por ejemplo, es lo que el derecho quiere regular pero no puede hacerlo en toda su extensión. De ahí que ese contenido que es más que el derecho pueda hacer que tales sujetos puedan actuar ilícitamente. De tal argumento extraemos, sin objetar externamente a Kelsen, que eso que es más que el derecho es **Necesario** para la explicación del acto ilícito, y por tanto, necesario para la explicación del derecho. El acto ilícito es el que desafía a la teoría pura.

La lectura positivista de Kelsen continúa objetivizando las responsabilidades y derechos subjetivos de las personas jurídicas con el mismo argumento y con el mismo principio distintivo que diferencia entre lo necesario y lo que no lo es para la existencia del derecho, se elimina, por tanto, cualquier referencia a la persona humana como un elemento determinante del derecho y pasa a tener solamente un sentido auxiliar,

una condición de reemplazo. Así dice Kelsen “Cuando se afirma que el orden jurídico otorga a un hombre personalidad jurídica, sólo se quiere decir que el orden jurídico convierte al comportamiento de un hombre en el contenido de obligaciones y derechos”. De tal modo la objetivización de todo el derecho es la superación del dualismo subjetivista. “La teoría pura del derecho deja a un lado este dualismo, en tanto disuelve el concepto de persona en el de personificación de un conjunto de normas jurídicas, reduce a normas jurídicas la obligación y el derecho subjetivo” (Pág. 199)

ALCANCES RESPECTO DE LA ESTÁTICA JURÍDICA:

1. - Si nos atenemos a lo que el positivismo pretende, no podremos olvidar que busca describir el fenómeno jurídico. Kelsen pretende estar haciendo una descripción, sin embargo, rechaza como descriptibles figuras que el propio derecho acepta, así, si el derecho dice que las personas jurídicas son ficciones, la teoría pura, en tanto se atiene a lo dado, no puede cuestionar lo que el propio derecho dice respecto de sus figuras, al hacerlo, ya no está describiendo sino que está interpretando. El problema de la descripción para el positivismo esconde un prejuicio, el prejuicio de que la única descripción válida es la positivista, la cual, sin embargo, se convierte en juez de lo que el derecho dice respecto de sus instituciones; al hacerlo viola el fundamental principio de no pretender saber lo que el derecho deba ser sino que simplemente atenerse a lo que es. Con ello lo que estamos diciendo es que podemos perfectamente cuestionar la base positivista que confía en la posibilidad de la existencia de una **“descripción pura”**. ¿Se puede describir en un sentido puro el derecho? La respuesta de Kelsen será que no en tanto el derecho “puesto” contenga elementos subjetivos o pseudo – proposicionales. De tal modo, o es descriptible parcialmente, o no es descriptible y el positivismo jurídico es imposible. Kelsen no podría optar por la primera posibilidad porque eso significaría aceptar que se podría describir el concepto de obligación pero no la fuente contractual de ella ya que se basa en un elemento subjetivo indescriptible como es la voluntad. La segunda opción anula a la ciencia del derecho misma. Por tanto, lo que tenemos en Kelsen es una tercera posibilidad, la cual consiste en establecer que hay ciertos elementos mínimos o suficientes y perfectamente descriptibles que permiten explicar el derecho, la idea de la fuerza es descriptible, pero no la de culpa. Tal solución aparenta ser aceptable pero tiene el inconveniente de que se basa en una construcción meramente pensada (ideológica), se basa en la idea de que puedo diferenciar claramente entre sujeto observador y hecho observado, que la ciencia del derecho puede describir puramente al derecho, pero tal descripción pura tiene el inconveniente de que tiene que negar determinadas figuras que el propio derecho utiliza, luego, no es pura.

2. - La ciencia es un discurso sobre el mundo, un discurso objetivo. La ciencia del derecho quiere describir al derecho, y tal descripción la realiza con el lenguaje. El problema que surge es que la explicación Kelseniana es indefinida. Eso significa que para todos los problemas que se le puedan presentar a la ciencia del derecho con respecto al derecho la solución es siempre la misma. El positivismo, y esa es una característica transversal suya, los problemas no se resuelven sino que se disuelven. Lo dicho conlleva dos cuestiones:

a.- Que todos los problemas del derecho, como la autonomía de la voluntad, por ejemplo y el concepto de persona van a ser resueltos son la frase “Porque el orden normativo lo dice”. Así frente a la interrogante de por qué colocamos a la libertad como fuente de la

imputabilidad Kelsen responde “porque así lo determina el derecho”, con lo que se quiere decir, “que el derecho pudo haber dicho otra cosa”. Tal tipo de argumentaciones desde un punto de vista racional (objetivo) hacen cuestionable lo que hemos de entender por explicación. ¿Está explicando el padre al hijo cuando frente a la pregunta de éste último respecto de por qué debe ir a comprar la cajetilla de cigarrillos la respuesta es “porque yo lo digo?”. Ahí no estamos frente a un argumento, desde la concepción clásica de lo que tal cosa sea, sino que frente a una relación de poder. Kelsen nos dirá que lo que hace la ciencia del derecho es simplemente describir ese poder, que a alguien no le guste es otro problema. El problema no es que las relaciones de poder determinen los vínculos normativos sino que frente a tal hecho no sería necesaria la ciencia del derecho, es decir, que para el propio Kelsen el resultado de la teoría, que quería alejarse de un sociologismo jurídico en el que se encuentra un Foucault por ejemplo, es la autoanulación de la propia ciencia del derecho.

b.- el segundo problema surge de una pregunta que ya es antigua ¿Se puede explicar negando? Que yo diga que hay un conjunto de conceptos que forman parte del sistema del derecho pero que no es necesario que formen parte de él para explicarlo ¿es una explicación?

3. - La respuesta Kelseniana a la estática jurídica parte de la base de que el derecho es un sistema conceptual plenamente, su objeto es la conducta humana y el objeto de la ciencia del derecho es ese conjunto normativo sistemático. Pero visto así, basta un simple ejercicio epistemológico que le podemos hacer a un alumno de educación media y que consiste en que le podemos preguntar que cuando decimos conocer una cosa, un color por ejemplo, tal cosa o color ¿está en la cosa conocida o es un concepto? Yo no me meto el color o una flor en la cabeza sino que realizo un ejercicio de representación, luego, todo lo que decimos sobre las cosas es representativo. No puede pretender el derecho ser un sistema normativo que se representa una determinada conducta ya que es la única forma de entendernos con los hechos, es la única forma, común a todas las disciplinas, de pretender reflejar a los hechos. La problemática entonces para Kelsen es que por un lado debe concebir que el derecho es un sistema normativo conceptual, pero que quiere reflejar hechos. Tal cosa es un rasgo común a todas las ciencias empíricas.

4. - El cuarto punto es una observación que proviene de una característica positivista: la ciencia describe a los hechos, no puede a su vez, haber una ciencia que describa a la ciencia. En el caso de la ciencia del derecho estamos frente a una disciplina que describe a otra disciplina que a su vez describe a los hechos, entonces, ¿no es acaso la ciencia del derecho una forma pseudoproposicional de describir el derecho? ¿no es que pretende convertirse en un mapa de un mapa? La respuesta es que el derecho para la ciencia del derecho es registrable, la norma, por ejemplo, está escrita, tiene efectos etc.

En conclusión, la descripción del derecho en su estado de equilibrio (estática jurídica) desde la lectura positivista es sólo posible si concebimos al derecho como exclusivamente objetivo, es decir, si reducimos el derecho a la ley escrita.

LA DINÁMICA JURIDICA.

La dinámica jurídica tiene por objeto ser una investigación de la forma en que se produce el derecho, quiere describir la autoproducción del derecho positivo. Cuando nos preguntamos acerca de las distintas modalidades por la que puede estar

refrendado que el derecho nazca, nos estamos preguntando por una cuestión exclusivamente formal, así por ejemplo, cuando decimos que el derecho se va a producir por actos de autoridad no estamos diciendo en qué consista el derecho sino qué tipo de hecho social ha de ser considerado como apto para producir derecho. Tal cosa para Kelsen es sumamente relevante porque implica que la norma fundante es sólo formal, no material, no constituye un criterio para que nosotros digamos si el derecho producido es justo o injusto, bueno o malo, y no corresponde que lo sea. Veremos entonces la cuestión de la norma fundante:

APARTADO ESPECIAL: LA CUESTIÓN DE LA NORMA FUNDANTE.

A lo que tenemos que responder es a la pregunta acerca del sustento del derecho, es decir, a la pregunta de qué es lo que funda la unidad de una multiplicidad de normas, cuál es el fundamento de la validez de las normas. Cuando se habla de validez en Kelsen nos referimos al hecho de que las normas obligan; ahora bien, las normas que se refieren a la coincidencia que debe darse entre la conducta humana y lo predicho por ellas no se fundan en ninguna relación de tipo empírico, pues que algo sea no significa que algo deba ser. Por su parte, el fundamento de validez de una norma es necesariamente otra norma, y tal norma, es caracterizada como una norma de rango superior a la fundada por ella. Tal razonamiento conduce a que de ser así regresaríamos al infinito en los fundamentos de las distintas normas. Si aceptásemos tal cosa estaríamos en el principio de causalidad y no en el de imputabilidad, estaríamos haciendo ciencia natural y no ciencia del derecho (nosotros ya vimos las dificultades que conlleva la pretensión Kelseniana de distinguir causalidad con imputabilidad). En el derecho, por tanto, tiene que poder suponerse, para poder conocerlo, una norma suprema, una norma última. Tal norma no puede ser la iusnaturalista que nos habla de la “Naturaleza de las cosas” o una divina que plantea que “deben obedecerse los mandamientos divinos” ya que tiene que ser descrita racionalmente, o sea, no puede ser externa al propio derecho. No podemos describir el ser de las cosas sino sólo el cómo de ellas. La norma fundante no será sustantiva sino meramente formal, no atenderá al contenido de la norma sino a la forma de producción. Tal condición la hace diferente de las normas fundantes encontrables en el derecho natural o en la religión, en que la misma es condición formal y material, entrega tanto el cómo, o sea, la forma de producción del derecho y también el qué, o sea, en lo que éste consiste. La norma fundante, en tanto la más básica, no tiene correlato en otra norma: y tal cosa es relevante pues al ser ella meramente formal funda formalmente la validez del derecho. El derecho no es válido por el contenido que posee sino por su forma de producción. Así, cuando decimos que debe obedecerse a las normas que imparte el poder legislativo no estamos señalando qué normas son las que han de obedecerse sino que estamos dándole a un órgano la calidad de productor de normas. El contenido está así subordinado a la forma. La norma fundante entonces es el presupuesto que estatuye la manera de implantar normas.

En éste sentido es conveniente dejar en claro que para Kelsen tal norma fundante es la primera constitución histórica. “En éste sentido, la norma fundante básica es la instauración del hecho fundante de la producción del derecho, y puede ser designada, en éste sentido, como constitución en un sentido lógico – jurídico, para diferenciarla de la constitución en sentido jurídico – positivo”(Pág. 206)

El razonamiento Kelseniano respecto de la norma fundante concuerda con su planteamiento acerca de la teoría pura del derecho en cuanto ésta última no puede pronunciarse acerca del contenido del derecho y la norma fundante carece totalmente de contenido. En tal sentido no es sustentable la crítica de que no está justificado el por qué detenernos en una determinada norma y no continuar al infinito pues lo que hace a la norma fundante es un elemento de tipo sociológico, externo al derecho, una cuestión de tipo histórica; de hecho, Kelsen señala que cuando se busca a la norma fundante se llega a una primera constitución histórica del Estado, la cual, no puede ser referida a una norma positiva implantada por una autoridad jurídica. Es decir, se llegaría a una constitución del estado implantada revolucionariamente, esto es, mediante ruptura con la constitución estatal preexistente, o cuya validez hubiera sido implantada en un dominio que previamente no habría sido, en general, dominio de validez de ninguna constitución estatal, ni del orden jurídico estatal que en ella se sustenta (Cf. Pág. 208). De tal forma, el derecho se produce dinámicamente y a su respecto sólo se puede llegar a presuponer la primera norma fundante pues si la teoría pura se remontase más allá caería en una sociología o se transformaría en historia de manera que para no salir de los límites que le impone el fenómeno estudiado tiene que describir el derecho estáticamente.

Al ser formal, la norma fundante tiene una función precisa: fundamentar la validez objetiva de un orden jurídico positivo. Tal objetividad la alcanza al proponerse silogísticamente, es decir, como premisa mayor a la cual se subordinan las demás premisas. De ésta norma surgen los demás principios formales que rigen al derecho positivo estatal:

1. - La unidad lógica del orden jurídico: Tal principio significa que si una sola norma es la fundante entonces no ha de haber contradicción entre las normas que emanen de ella. Kelsen en éste punto hace una interpretación restrictiva del principio de no contradicción. Para Kelsen, la contradicción se aplica a proposiciones que pueden ser verdaderas o no verdaderas, pero no a las normas que sólo son válidas o no válidas en un determinado sistema jurídico. Tal cosa es discutible puesto que la contradicción es afirmar y negar simultáneamente lo mismo de lo mismo, ello, se aplica tanto a la verdad de las proposiciones como a la validez de ellas, es decir, tanto a la referencia fáctica de una proposición (en cuanto a si ella concuerda o no con los hechos) como a la referencia lógica (en cuanto a si concuerda una proposición con el sistema al que pertenece o no). Ahora bien, por principio no puede darse la contradicción, y de hecho, éste principio no es el rector del derecho sino el de la especialidad y el de la jerarquía. Entre dos normas de igual jerarquía se aplicará la más específica y entre dos normas de distinta jerarquía se aplicará la de más alta jerarquía. Si lo anterior no es aplicable insiste Kelsen en que las posibles contradicciones se resuelven siempre por la vía de la interpretación. Así por ejemplo, frente a la contradicción entre dos normas de igual jerarquía y respecto de las cuales no hay jerarquía superior, como ocurre con las normas constitucionales, quien está llamado a interpretar es el propio legislador o una instancia judicial de rango superior, la Corte Suprema. Así, el problema de la contradicción se **disuelve** (para el positivismo los problemas no se resuelven sino que se disuelven) en condiciones de interpretación y en principios operativos como el que dice que la ley posterior deroga a la ley anterior, por lo que no habría contradicciones en el tiempo. Pero para que tal cosa sea posible se necesitan ciertas condiciones básicas:

a.- Que sólo haya un órgano productor de normas, pues si hay más de uno, entonces una contradicción entre normas producidas por distintos órganos con jerarquías distintas haría imposible una disolución de la contradicción en la interpretación.

b.- Debe haber un poder judicial y sólo uno.

c.- Tiene que darse la condición de la existencia del Estado. No hay derecho positivo que pueda basarse en un principio fundante si no se enmarca en el Estado como una unidad territorial. De no haber tal unidad podrían oponerse dos principios fundantes. El Estado se sustenta en la existencia de un sólo principio fundante.

2. - Legitimidad y efectividad: La dinámica del derecho nos lleva a que la validez de las normas está condicionada por la validez de la norma fundante. Ahora bien, la norma fundante determina las condiciones de creación de la constitución positiva. Las constituciones escritas contienen determinaciones especiales relativas a los procedimientos mediante los cuales ellas pueden ser modificadas. De ello se trata en el principio de legitimidad: que la norma de un orden jurídico vale durante todo el tiempo que trascorra hasta que su validez no sea terminada en la manera determinada por ese orden jurídico. Tal principio no tiene aplicación en el caso de una revolución, en el caso de una revocación del propio principio fundante. Sin embargo, insiste Kelsen, la legitimidad está determinada por la efectividad, es decir, el derecho, para que pueda ser considerado como tal tiene que ser eficaz, aplicarse en la práctica, ser obedecido por la mayoría de una comunidad organizada. Si una norma deja de ser tenida por tal por una comunidad determinada, entonces no podemos hablar de una norma legitimada. Pero ¿Cuál es la razón de tal relación entre la legitimidad y la efectividad? Es simple: el efecto de la ley es registrable en los comportamientos de las personas según ella o contra ella y si el comportamiento no permite dar cuenta de los efectos que produce una ley, entonces se vuelve indescriptible, deja de ser derecho. El principio de la efectividad es el único principio que salva al derecho positivo y su pretensión de ser obedecido de la problemática de no poder distinguirse de la banda de ladrones.

LAS CONSECUENCIAS DE LA TEORÍA DE LA NORMA FUNDANTE

Kelsen ha establecido de manera determinante como *modus operandi* de la dinámica jurídica a la norma fundante. Desde su perspectiva se trata de una norma describable en cuanto se presenta como tal, pero en la forma en que se produce; ese es un problema sociológico o histórico. Nosotros nos guardaremos las observaciones respectivas para el final.

CONSECUENCIA 1.

No hay una norma fundante dada a priori. Eso significa que no podemos pretender que la norma fundante se encuentre en principios valorativos determinados, es decir, que se base en algún principio de justicia absoluta o en alguna verdad indiscutible. La validez de las normas particulares va a depender de la validez de la norma fundante. A mayor ineficacia de las normas especiales (mientras por menos sea considerada como derecho) mayor será la tendencia a reemplazar la norma fundante. Las revoluciones son actos aptos para producir derecho.

CONSECUENCIA 2

La norma fundante es independiente de cada una de las normas que en particular produce, por tanto, la ineficacia de una norma en particular no conlleva la ineficacia del orden jurídico en su totalidad. La única imprecisión que subsiste es la que dice relación con qué es lo que vamos a entender por Norma Particular, si un artículo de una ley, una ley en particular o una disciplina del derecho en especial (¿tambalea el derecho porque el derecho de Minería de un país no funciona pero sí lo hace el derecho de propiedad civil?). El problema no lo resuelve directa ni indirectamente Kelsen. La eliminación de las normas jurídicas se da por la vía de la **desuetudo**, una suerte de costumbre negativa cuya función es eliminar la validez de una norma existente. Un derecho escrito entonces puede perfectamente ser derogado por una actitud consuetudinaria.

CONSECUENCIA 3

La norma fundante en cuanto a su constitución y a su mantención es una cuestión relativa al poder, es decir, el fenómeno del Derecho no puede darse sin poder, aunque no es idéntico al poder porque es una de las funciones del mismo, la manera de organizarse el mismo. Quien detenta el poder determina lo que es Derecho y lo que no, pero es una determinación a todas luces temporal pues siempre habrá una desuetudo que irá derogando las leyes o normas jurídicas hasta que la norma fundante de tal orden jurídico sea reemplazada por otra. No es pensable para la ciencia del derecho, para la Teoría Pura del Derecho, una norma fundante que permita deducir de ella normas metafísicas, irregistrables. Sólo hay ciencia del derecho cuando el principio fundante es la obediencia a la autoridad legislativa que se manifiesta a través de una ley escrita. La Ciencia del Derecho tiene la particularidad de predecir su propia muerte, las condiciones de su ineficacia.

CONSECUENCIA 4

La norma fundante, hasta la fecha, no se ha universalizado pues no encontramos un poder legislativo mundial que concentre el poder y monopolice la fuerza, por tanto, la ciencia del derecho es la descripción de un derecho determinado, incluso, de un solo derecho pues es perfectamente concebible un derecho que tenga por norma fundante la obediencia a los imperativos del mago y que el mismo decida unas veces esto y otras aquello, que actúe contradictoriamente. Un derecho contradictorio es indescriptible para la Ciencia del derecho puesto que la anula. Kelsen pretende encontrar una norma fundante del derecho Internacional, norma que no es única pues en una confusa descripción plantea dos cosas:

a.- El reconocimiento de un estado a otro: Entre sí, lo primero que deben hacer los estados es reconocerse para que puedan reconocer una norma fundante en común, y se reconocen en función de la legitimidad con que cada uno de ellos se presente respecto de los otros. La legitimación entonces tiene su norma fundante, la cual expresa: El gobierno que ejerce, en forma independiente de otro gobierno, control efectivo sobre la población de determinado territorio, constituye el gobierno legítimo. Esta es la regla de reconocimiento que es por supuesto requisito de existencia del derecho internacional. (Pág. 226) Sin ésta regla no existe la que sigue:

b. – La manera en que interactúan los estados: Se trata de la norma de comportamiento de los estados que se han reconocido entre sí. En éste caso la norma fundante es la que sigue: Los estados deben comportarse en sus relaciones recíprocas, o bien la coacción de un Estado contra otro, debe ejercerse bajo las condiciones y en la manera que corresponda conforme a una costumbre interestatal dada. Una de esas normas producida por la costumbre es la que regula los Tratados. La fórmula es el Pacta sunt Servanda. Tal fórmula que establece ninguna valoración, ningún principio de tipo moral, por tanto es perfectamente descriptible. Según Kelsen – y el Profesor Tagle en nuestra Facultad de Derecho comparte tal opinión – ésta es la norma fundante del Derecho Internacional, sin embargo, en la confusión Kelseniana consideramos que tal planteamiento es insostenible pues se requiere la Legitimación primero como acto previo del respeto mutuo de los tratados, luego deben haber dos normas fundantes en el derecho Internacional. ¿Puede haber dos normas fundantes de un derecho? ¿No ocurrirá acaso que el reconocimiento de un Estado por parte de otro esté condicionado por el rechazo o la aceptación de un cierto tratado? ¿No es acaso cierto que los estados dominantes en la actualidad imponen condiciones para el reconocimiento como por ejemplo el adherir a un determinado esquema económico? Kelsen no tropieza con el inconveniente (o conveniente) que consiste en que hay Estados dominantes y que el derecho Internacional se construye en base a sus pretensiones, para él, los Estados están en igualdad de condiciones y por ello es que se reconocen y cumplen los tratados. Una lectura menos piadosa de la norma fundante del Derecho Internacional planteará que: El Estado dominante pone las condiciones al reconocimiento y al cumplimiento de los tratados. Si queremos describir el derecho que es puesto, el derecho como se da realmente no podemos insistir en mantener ese principio del Pacta Sunt Servanda, principio que puede no pecar de subjetivista pero que comete un pecado mayor: no servir para describir el derecho positivo internacional, puesto que sus efectos no son registrables y se basa en una ficción: La de la Igualdad Estatal.

CONSECUENCIA 5

La Norma fundante es excluyente de cualquier interpretación subjetiva, metafísica o Iusnaturalista del derecho positivo. El argumento central, muy recurrido por filósofos y dualistas en general, consiste en que la norma fundante del Derecho Natural es totalmente independiente de las normas particulares con que actúa o deja de actuar un sujeto ya que se basa en valores y los valores son absolutos. El Bien no es susceptible de ser relativizado, pero todos los actos buenos son relativos al Bien, en ningún acto particular se realiza el Bien en su totalidad. En Cambio la norma fundante que describe la Ciencia del Derecho establece una relación de derivación de las normas particulares, se realiza a través de ellas y completamente, no hay una participación decadente de tipo platónico. Esto, que aparentemente parece tan teórico se aplica de la siguiente manera: Las normas particulares que no participan o lo hacen muy poco de la norma fundante Metafísica pueden ser consideradas por su contenido como ilegítimas, así, si un principio Natural es el Derecho a la Vida, no puede legítimamente el legislador legalizar la pena de Muerte, o tal regla peca de ilegítima porque no participa de su principio. En cambio, si la Norma Fundante es el Principio de que deben obedecerse los designios establecidos por la Autoridad, entonces si la autoridad permite la pena de muerte no diremos jamás que tal contenido es inconsistente con su principio. Como podemos ver, la Teoría Platónica del Bien y toda su concepción planteada en el libro V de La República se vuelve bastante relevante como una doctrina Iusnaturalista. *

CONSECUENCIA 6

La función y ubicación de la doctrina del Derecho Natural: ¿Debe ser desarraigado, menospreciado, vapuleado el Derecho Natural? ¿Debe el Derecho Natural ser confinado al primer estadio evolutivo de la explicación humana de los fenómenos, al Estadio Mítico que imagina Comte? ¿ Debe – en el lenguaje de Carnap – ser considerado como un Pseudoproblema, como el producto del mal uso del lenguaje, como una Pseudoproposición? Eso de que el Positivismo es un acérrimo enemigo del Iusnaturalismo y de la Metafísica en general es más bien el resultado de una estrategia publicitaria más que una relación de exclusión inevitable. Lo digo porque escribir un libro con el título de “La refutación de la Metafísica mediante el análisis del Lenguaje” de Carnap da pie para ello, pero no es así ya que la Metafísica es irrefutable ¿Por qué? Porque sólo se puede refutar – y eso lo notó perfectamente Popper- lo que se refiere a la experiencia, y la Metafísica jamás ha pretendido referirse a ella. El Iusnaturalismo es según Kelsen un “Patrón ético – Político del Derecho Positivo” (Pág. 230) Esto significa que el Derecho Natural se constituye como un elemento controlador del Derecho Positivo que puede ser tanto Justo como Injusto, aunque sólo se trate de una dogmática y no de una ciencia propiamente tal. El criterio para evaluar al Derecho Positivo como Justo o injusto sólo puede entregarlo el Derecho Natural, pero sólo en tanto las normas que propugna el Derecho Natural sean absolutas, y ese es justamente el problema del Derecho Natural: La crítica de la Teoría Pura del Derecho con respecto al derecho Natural no se refiere a su existencia ni a su función sino a la imposibilidad en que se encuentra tal Derecho de proporcionar un criterio seguro para Juzgar al Derecho Positivo. Así, para una tendencia Iusnaturalista sólo es “natural” la pro-

* Al respecto es recomendable el texto de Paul Feyerabend titulado “Por qué no Platón” incorporado en las obras completas de éste autor recientemente Fallecido. Editorial Amorrotu. Madrid, 1995.

Piedad privada, mientras que para otra tendencia sólo es “natural” la Propiedad Colectiva. El Derecho Natural no tiene justamente lo que se le exige. Y la manera de contestar a ésta problemática es decir que la forma de controlar el Derecho Natural al Derecho Positivo es concibiendo que éste es una emanación de aquél y que en el momento en que una determinada norma positiva se aparta de su principio Fundante, como en el ejemplo que dimos sobre la muerte ella se ilegítima. Pero tal pretensión resulta insostenible toda vez que el Derecho Positivo no puede ser derivado del Derecho Natural ya que el primero se constituye a partir del acto de Autoridad. La Norma Fundante del Derecho Natural en tanto está vinculada a través de la teoría de la participación con las normas particulares tiene ese inconveniente, el de que las normas particulares no son jamás un reflejo de la Norma Fundante, los actos Buenos no son jamás reflejo fiel del Bien, y eso es lo que hace que la Norma Fundante en el Derecho Natural sea Interpretable según los distintos criterios que emanen respecto de la mejor manera de reflejar lo mejor posible a la norma fundante la cual mienta: Deben obedecerse las órdenes de la Naturaleza. En cambio, en el caso de la Norma Fundante del Derecho Positivo no hay más o menos en la ley particular que lo que la Norma Fundante contiene.

CONSECUENCIA 7

La construcción escalonada del Orden Jurídico: Las normas particulares emanan del principio fundante o de lo que él autoriza que emanen, por tanto deben poder ser reducidas a él, la emanación no es reproductiva sino funcional, lo que significa que no se trata de la emanación substantiva, material, sino condicional, formal. Así, de que se deban obedecer los dictámenes de la autoridad legislativa no surge la Pena de muerte, es decir, son dos normas sustantivamente separadas de forma que lo que las une es su forma de presentación. El derecho positivo es descriptible porque no parte de la base de una disociación entre un principio fundante y las normas particulares.

Ahora bien, ese orden escalonado se establecerá en niveles, el primer nivel estará constituido por el marco general regulatorio de todo el ordenamiento jurídico, tal marco, estará integrado por normas que no necesariamente establecen Sanciones directamente sino que aquí el criterio será variable según lo que se considere más eficiente. Así, la constitución puede o no establecer sanciones, la mayor o menor dificultad para modificar la propia constitución, que la constitución esté escrita o no lo esté, que el órgano facultado para promulgar una constitución, derogarla y enmendar leyes constitucionales sea diferente del que promulga, deroga y enmienda leyes usuales, que la propia constitución regule el contenido de las futuras leyes que nacerán a partir de su disposición, como ocurre en Chile con las materias que son propias de leyes Orgánicas Constitucionales, también puede determinar que ciertas materias no sean de dominio de la Ley, es decir, excluir materias. De tal forma lo que tenemos es que la positividad del derecho no se identifica con la idea de la inflexibilidad tantas veces atribuida al positivismo que se confunde con el Legalismo Jurídico sostenido en Chile por el profesor Luis Claro solar, para quien la labor del Juez sería una labor mecanicista, una labor de ente articulador de la aplicación de la Ley en donde las opciones antes descritas por Kelsen no podrían darse. El segundo nivel está dado por la Legislación y la Costumbre, osea, por las normas jurídicas generales producidas por el legislador o por la costumbre. En ambos casos puede tratarse de actos de autoridad que establecen las normas, en cuyo caso, estamos hablando de un Derecho Impuesto. Con

respecto a la costumbre Kelsen piensa, pero no es explícito en su planteamiento ya que habla genéricamente de Actos que imponen normas, que la costumbre es también susceptible de ser impuesta por un Órgano Legislativo, es decir, que no emana simplemente de una conducta impensada del pueblo, que no es una condición necesaria de la Costumbre Jurídica el ser Inconsciente y critica por tanto a dos escuelas que representan a dos actitudes interpretativas de la costumbre como Derecho, la primera es la Escuela Histórica según la cual el Derecho no es producido ni por la Legislación, ni por la Costumbre, sino por el Espíritu del Pueblo, y lo mismo ocurriría con la escuela Psicologista Francesa para la cual no se trataría del Espíritu del Pueblo sino de la Solidaridad Social. Tal pretensión, para una doctrina del derecho positivo, es insostenible ya que ambas pretenden que un ente noumenal funde a la legislación que es todo lo que podemos entender como registrable y describable. Un tercer nivel es el de la Ley (especial) y la Ordenanza reglamentaria. En general, la diferencia entre ambas está dada en su origen, la Ley está reservada a un órgano especializado, normalmente el parlamento y la Ordenanza a un Organismo administrativo.

CONSECUENCIA 8

La norma fundante establece las condiciones Necesarias para que podamos decir que estamos frente a un Derecho Positivo: La norma fundante exige un acto de autoridad que determine las directrices acerca de la forma en que se ha de establecer el marco regulador, pero no dice nada acerca de su contenido ni exige nada relativo a la variabilidad que mencionamos en la consecuencia 7; todo ello, como resultado de la Teoría Pura del Derecho significa que el nivel de estaticidad del Derecho está dado por el órgano autorizado para determinar la forma que ha de adoptar un sistema jurídico determinado. Lo que la norma fundante exige es el qué es lo que debe hacerse, así deben establecerse cuáles serán los órganos que aplicarán las normas, y esos órganos determinarán a su vez bajo qué condiciones un determinado hombre actúa como tribunal o como funcionario administrativo, debe establecer también las condiciones procedimentales a que debe someterse tal sujeto. Lo que no se plantea Kelsen es si el Órgano constituyente puede decir, por ejemplo, que tal persona constituida en autoridad administrativa no deba someterse a procedimiento alguno para actuar, es decir, que no instituya normas. Tal cosa es impensable, pues entonces caeríamos en un vicio lógico consistente en que el propio órgano Instituyente del marco normativo general facultaría a una persona determinada (Un presidente, un Dictador) para no considerar en su actuación al propio órgano que lo ha instituido. Se trata, entonces, por derivación, que el Órgano Instituyente debe establecer todas las condiciones expuestas en la consecuencia 7 pero siempre que lo haga afirmativamente, no que lo haga expresando que renuncia a ello.

CONSECUENCIA 9

La norma fundante impide que quede sin control la manera en que nace el derecho, debe precisar aquello de lo que se habla cuando se dice “Fuentes del Derecho”: El problema de las Fuentes del Derecho es que tal concepto no es más que una expresión metafórica que tiene más de un significado, así, fuente puede ser la Norma fundante, pero también la Constitución positiva, la voluntad de partes contratantes, lo que introduce una indeterminación cuando se habla de Fuente del Derecho, se habla de Fuente, incluso, cuando se menciona a la opinión de un tratadista. La solución a tal inconveniente es la

aplicación de la receta clásica del Positivismo Lógico de Carnap: Los problemas no se resuelven sino que se disuelven. Debe disolverse ese sujeto metafísico llamado Fuente y eliminarse del lenguaje de la ciencia del Derecho.

CONSECUENCIA 10

La función del Juez y las lagunas del Derecho: Como se va prefigurando, para el positivismo jurídico hay un ámbito, el de aquello que no es necesario, o sea, aquel que establece las condiciones que sobrepasan a las mínimas para que exista el derecho positivo, en que la rigidez da paso a la flexibilidad, a la variabilidad en la manera de constituir las instituciones que establecerán al derecho positivo. De la misma manera podemos decir que la sentencia Judicial no tendrá un carácter meramente declaratorio, porque tal función sólo se da en un determinado nivel, en el de la consideración de cuál será la norma general aplicable a un caso concreto, e incluso en éste nivel su razonamiento es constitutivo pues debe determinar si la norma general tiene su origen en un proceso legislativo o por la vía de la costumbre. El Juez por tanto, tiene una labor constitutiva, la cual se da tanto en la función determinante del origen de la norma general como en la verificación del hecho delictuoso, en la confección del razonamiento que permite indicar que tal o cual actividad cabe dentro del lícito o del ilícito juzgado. En tal caso, lo que el Juez busca es la determinación del hecho establecido procesalmente, no cualquier hecho, sino el que tiene relevancia jurídica. Ahora bien, lo que ocurre cuando el juez aplica el derecho es que en ciertas ocasiones la norma jurídica positiva general no puede predeterminar todos los momentos que justamente aparecerán con las peculiaridades del caso concreto, y ese es el problema denominado “lagunas del derecho”. Para Kelsen, las lagunas del derecho no son más que una interpretación de la lógica jurídica, interpretación que ve al orden jurídico como un todo aritmético, como una relación de proporcionalidad cuantitativa en que la norma particular se disocia por completo del orden jurídico, en cambio, lo que hay en verdad es un orden jurídico sistemático en que la imposibilidad de aplicación a un caso concreto de una norma particular no significa que no se pueda aplicar el todo del derecho a él, y tal es posible porque hay una identidad formal entre la norma fundante y cada una de las normas particulares que emanan de ella.

APARTADO FINAL: EL DERECHO Y EL ESTADO.

De todo lo señalado hasta ahora podemos adelantar que en la visión de la Teoría Pura del Derecho la existencia misma del Derecho va a estar determinada por la existencia del Estado, que éste último será la condición sine qua non del Derecho positivo, y ello, por dos razones:

a.- Porque la Teoría de la norma fundante exige un acto creador de derecho, un acto legislativo y tal acto sólo puede emanar de la autoridad que ejerce el poder. La idea de Poder es la que sostiene al derecho.

b.- Porque la integración de todas las normas particulares que emanan de la Norma Fundante exige la existencia de un Ente con órganos altamente especializados que regulen la forma en que se ha de presentar el Derecho Positivo en la Práctica.

Haciendo una precisión al respecto, Kelsen lo que ve es que hay una identificación entre la Forma del Estado y el Derecho Positivo, es decir, entre el método de producción de derecho en la grada superior del orden jurídico, en el terreno de la constitución y el derecho Puesto o legislado. La Identificación se estará dando entonces en un cierto ámbito, en el ámbito de la manera en que se ha de presentar el Estado, en ese concepto denominado Estado de Derecho, el modo más evolucionado y perfeccionado en que el Estado puede presentarse. La Identificación no es esencial, sino funcional: Un de las Funciones del Estado es el Derecho. Al no ser esencial significa que pueden llegar a separarse. Sin embargo, deben hacerse algunas precisiones; la primera relativa al dualismo que se pretende ver entre Derecho y Estado basándose en la distinción entre Derecho Público y Derecho Privado, y la segunda la Identidad entre Derecho y Estado.

LA OPOSICIÓN PÚBLICO – PRIVADO: La distinción más aceptada, y que, por tanto, pretende ver un dualismo, la existencia de dos derechos diferentes y autónomos uno de otro, indica que al Derecho Público lo caracterizan los actos de Autoridad, es decir, que el orden jurídico otorga a hombres calificados como órganos del Estado la facultad de obligar a otros (los súbditos) mediante una manifestación unilateral de voluntad, en cambio en el caso del derecho privado se da una relación de igualdad entre las partes, igualdad que normalmente está representada por el contrato, así, la orden administrativa es típica relación de Derecho Público y el contrato vínculo de Derecho Privado, en el primer caso el súbdito no participa de la producción de la norma y por ello es que hay una relación jerárquica y en la segunda hay una participación directa en la producción de la norma y por ello no hay subordinación.

Tal distinción no puede ser aceptada como una descripción del derecho por parte de la Teoría Pura, tanto porque es una Ideología como porque crea la ficción de la irreductibilidad de los dos derechos a una única norma fundante, de aceptarse tal planteamiento tendríamos que la norma fundante sólo emanaría al derecho Público pero al Privado habría que buscarle otra norma fundante. Para la Teoría Pura ambas son manifestaciones de normas de tipo universal: Tanto en las normas que tienen un carácter de público como en las que tienen un carácter de privado nos encontramos con un acto del Estado, es decir, un hecho productor de derecho atribuible a la unidad del orden jurídico. Para la Teoría Pura entonces la distinción entre Derecho Público y Privado es extrasistemática, osea, no pertenece al Derecho mismo sino a una forma de verlo, con respecto al derecho privado se aplica la misma lógica que con respecto a la doctrina de los derechos Subjetivos. Además tal planteamiento es ideológico puesto que pretende que el terreno del Derecho Público, es decir, el derecho constitucional y administrativo, es dominio del Poder Político, el cual quedaría completamente excluido del terreno del Derecho Privado, sin embargo, el hecho de que el orden jurídico se encuentre organizado escalonadamente muestra que la escisión es insostenible puesto que el contrato en el derecho privado no es menos escenario del Poder Político que el llamado Derecho Público. El dualismo no tiene otra justificación sino el hecho de que, cuando la teoría tradicional contrapone Derecho y Estado siguiendo la contraposición entre Derecho Público y Privado como si fueran distintos lo que hace es afirmar por un lado al Estado como un ente Jurídico, es decir, como sujeto de obligaciones jurídicas y facultades y también como un ente independiente del orden jurídico mismo, osea, la justificación del dualismo está en pretender que se puede ver al estado de dos maneras, pero tal cosa es un ideologismo

porque se está tratando de decir que por un lado el Estado crea al Derecho, y luego en un acto autocontractivo se somete a él, o sea, el Estado tiene que ser representado como una persona distinta del Derecho para que el Derecho luego pueda justificar al Estado, y tal justificación sólo es posible si se presupone que el Derecho es un orden esencialmente diferente del Estado, con ello, lo único que se busca no es describir al Estado a partir de alguna ciencia o alguna dogmática del Derecho sino solamente reforzar la autoridad del Estado.

LA IDENTIDAD DERECHO – ESTADO: Cuando se caracteriza al Estado como una organización Política lo que se está haciendo es simplemente identificando parcialmente al Estado como un Orden Coactivo. Así, como organización Política el Estado es un orden Jurídico, pero no todo orden jurídico es un Estado como ocurre con las sociedades preestatales primitivas o como ocurre con el Derecho Internacional. Lo que sucede es que **el orden jurídico se transforma en un estado o llega a convertirse en un Estado cuando adquiere una determinada organización, lo que significa que instaure órganos que funcionan con división del trabajo para la producción y aplicación de las normas que lo constituyen; tiene que exhibir cierto grado de centralización.** (Cf. Pág. 291) La identificación por tanto se da en la manera de organizarse el estado, en el orden primitivo y en el Derecho Internacional no hay un órgano legislativo central, en cambio sí lo hay en el Estado Moderno. Dos serían por tanto los elementos de la Identificación:

La centralización del órgano productor del Derecho, lo que viene dado por una exigencia del Principio fundante.

La especialización de los órganos que invisten la calidad de aplicadores de la norma, tanto en cuanto a los atributos que deben presentar quienes sean considerados como órganos aptos para ello como en lo relativo a los procedimientos que en general y en particular se han de adoptar.

Para Kelsen entonces hay una visión histórica de la Identificación progresiva entre el derecho y el Estado, lo que significa que van teniendo características en común, que el perfeccionamiento del Estado viene dado por su disponibilidad hacia el Derecho, sin embargo, eso no significa que se conviertan mutuamente, es decir, que se lleguen a identificar tanto que sean lo mismo. Eso no es posible puesto que por causas sociológicas en cualquier momento la estructura jurídica del Estado se rompe y entonces se desidentifican. Claramente observamos eso cuando se habla de “Estado de Derecho” aludiéndose con ello al hecho de que hay cierta forma del Estado que muchos prefieren: aquella en que la función del Estado es básicamente el ser quien garantice los Derecho respecto de los cuales él mismo se ha autoimpuesto una restricción.

LOS PROBLEMAS QUE PLANTEA LA NORMA FUNDANTE Y LOS RESULTADOS FINALES DE ÉSTE TRABAJO.

La teoría general de la Ciencia ha desembocado en la existencia de ciertos requisitos para que cualquier disciplina sea ciencia, requisitos que vimos cuando tratamos a Bunge. Por su parte el planteamiento de la Teoría Pura del Derecho se ha delineado como el intento más aproximado de alcanzar el cumplimiento de dichos

requisitos al atenerse exclusivamente, según el principio de buscar lo que es necesario para describir el derecho, a lo que del derecho es describible. Al hacer tal cosa ha implicado ciertas consecuencias que hemos descrito como por ejemplo el negar que sea necesario suponer la Idea de la Libertad individual para describir la Imputabilidad, y a lo que llegamos al final es a la problemática de la Norma fundante, planteamiento que ha sido rechazado por Bobbio como innecesario para describir el derecho, osea, le ha aplicado el mismo criterio que utiliza Kelsen para rechazar a la libertad como supuesto de la imputabilidad y le ha dicho que la Norma Fundante peca de ser un concepto Metafísico, indescribible e innecesario. Nosotros no vamos a caer en la trampa de rechazar sueltamente la Norma fundante por Metafísica sino que trataremos de extremar las consecuencias de su existencia y exponer algunas aporías que trae aparejadas y que nos aprovechen para vislumbrar el Derecho que se nos depara y los desafíos del mismo:

1.- El primer problema es ¿Por qué es necesaria una norma fundante? Bobbio confunde entre Derecho y Ciencia del derecho, incluso, el propio Kelsen no deja en claro para quién es necesaria la Teoría de la Norma Fundante, si para el Derecho o para la Ciencia del Derecho. Y ahí está la clave para dilucidar el problema: Para el Derecho positivo la Norma Fundante es un concepto innecesario toda vez que él es una dogmática, es la determinación de las reglas a las que se va a someter una sociedad con prescindencia del origen que tengan pues lo que le interesa al legislador son determinados fines valorativos externos a la ciencia del derecho y que ésta no puede describir, como por ejemplo la justicia o la Paz. Pero la Ciencia del Derecho no quiere ser una dogmática sino que quiere describir su objeto conociéndolo, es un intento epistemológico por describir un determinado objeto, y lo mismo que cualquier ciencia debe utilizar categorías a priori, como ocurre con el principio de la Causalidad, el cual, no es ni tiene que ser un principio encontrable en la naturaleza sino un supuesto explicativo de aproximación estadística, osea, un principio mental. De la misma naturaleza explicativa es la Norma Fundante. Lo que ella quiere es sobrepasar el umbral de incertidumbre y colocar cotos históricos a las explicaciones indefinidas que suscitarían más de un problema de imposibilidad de distinción entre las distintas ciencias. Pero Kelsen y Bobbio lo tratan como un principio Real, es decir, como un principio no explicativo sino que tiene una determinada consistencia histórica, osea, quieren ver que la Obediencia a la autoridad legislativa como principio fundante formal es encontrable en una época determinada, entonces, la ciencia del derecho se asienta en él para justificarse, osea, para decir que desde ahí empieza ella y antes, es decir, respecto de la descripción de cómo ha nacido, esa es área de la Sociología o de la Historia. La norma fundante no es necesaria para el Derecho sino que lo es para la diferencia que pueda haber entre la Ciencia del Derecho y las demás ciencias Sociales y Naturales, lo mismo que es necesaria la Coacción para distinguir entre el Derecho Positivo y la Moral como rama del quehacer social que también rige conductas.

2. – El segundo problema que nos viene a plantear la norma fundante es el relativo a que como base de la descripción del derecho ella tiene por resultado que el Derecho Positivo no es un Derecho en cuanto a su producción, estático, sino que él está sometido a un cambio permanente y que incluso la propia norma fundante puede dejar de expresarse al modo como la hemos visto en la actualidad, osea, que la manera en que se produce el derecho puede ya no ser la obediencia a una autoridad legislativa. ¿Cuál puede ser la Norma Fundante explicativa del Derecho que nos espera? En éste sentido el único elemento

orientador al respecto es el de que la norma fundante de la obediencia a la autoridad legislativa encontrará su agotamiento, su incapacidad explicativa cuando encontremos que hay determinadas áreas fácticas en que hay un intento por legislar, o sea, una legislación positiva existente pero cuyos efectos son vanos, inútiles o burlables fácilmente. Considero que el límite de la norma Fundante de que trata Kelsen y que le da tanta importancia a la existencia del Estado se da en dos ámbitos:

a.- En la Técnica: La cual permite al sujeto prescindir de todas las tradicionales barreras ético – político – lingüísticas que hacían efectivo el derecho positivo legislado. Así por ejemplo, la Prohibición del Aborto es una legislación positiva burlable con extrema facilidad dadas las condiciones técnicas con que nos encontramos en la actualidad: Es necesario que el derecho se tome un tiempo y comience a pensar reflexivamente acerca de la posibilidad evidente de que el principio fundante ya no sea la obediencia a la autoridad sino el que los límites regulatorios del sujeto estén dados exclusivamente en lo que la técnica permite o no permite hacer. El problema de la Técnica ha sido pensado por Heidegger ya con bastante detalle y sus estudios han denotado como el pensamiento, la ciencia, se ha vuelto un producto de la técnica y no al revés y que por lo tanto primero se nos dan los hechos y luego la posibilidad de pensarlos, al revés de como quería Descartes en que él se construía un mundo de certeza subjetivo que luego aplicaba a la Res Extensa en donde los hechos se nos daban como productos manejables por el pensamiento, ahora, los hechos se nos presentan primero y luego los pensamos reactivamente – como ocurre con el caso de Internet por ejemplo en que primero disponemos de Internet y luego pensamos sus posibilidades -. En el campo del Derecho eso significa que la Ley, el derecho Positivo llega siempre tarde a regular hechos que ya han producido efectos y respecto de los cuales los hombres se comportan de determinada manera con prescindencia de lo que la ley diga o no diga. El espíritu legalista, aquel que pretende que todo se puede resolver con una ley, toca sus límites, se vuelve baladí allí donde la técnica se le adelanta, y se le adelanta en todo. Al respecto sólo quiero dejar sugerido el tema pues es asunto para otra memoria o estudio al respecto pero en que tendremos que empaparnos del Existencialismo, postmodernismo, de autores como Derridá, Lyotar, Heidegger, Rorty etc. Por ahora sólo dejemos expuesto que la norma fundante establece per se que ella puede ser reemplazada y que parecen haber síntomas de ese reemplazo. Me pregunto ¿Qué podrá hacer un parlamento frente a la transferencia de Información genética?

b. – El Estado: El derecho al modo como lo presenta la actual norma fundante es un derecho que se identifica con la existencia de un Estado determinado ¿No asistimos en la actualidad a una tendencia a la desestatización primero y al reemplazo del Estado por lo que muchos llaman Aldea Global? El problema consiste en preguntarse ¿Sobre qué condiciones es necesario un estado? Sobre condiciones de concentrada tendencia a la diferenciación cultural, valórica de una nación. Si la tendencia es la homogenización de las costumbres por la vía de la técnica – y como dice don Armando Roa, la distinción entre Oriente y Occidente que algunos insulsos todavía pretenden existente terminó con Newton. Oriente no tuvo ningún Newton que aponer a Occidente y hasta esa fecha había tenido una filosofía propia que aponer a occidente. Ahora occidentales y Orientales ven la CNN y nos paseamos ya sea con túnica y turbante o con Blue Jeans y polera con las mismas radios en los hombros – entonces el Estado se vuelve innecesario, o sea, aplicando el mismo criterio Kelseniano, puede existir pero no es necesario que exista. O quizá al revés, el

Postmodernismo, que tanto declama el respeto de la diferenciación, del amor a la naturaleza, desemboque justamente en una afirmación extrema de la justificación del Estado como ente detentador de las diferencias que se esgrimen. El Razonamiento al que hemos llegado nos indica que según la nomenclatura Kuhniana estamos en una crisis pues hay crisis cuando comenzamos a revisar los fundamentos en los que se asienta una sociedad determinada, ya los problemas no son sólo de cálculo (como comenzó a ocurrir con la Teoría Geocéntrica) sino de los principios sobre los que se asienta el cálculo (la Imagen completa que se tiene del mundo)

3. – La tercera aporía que nos presenta la norma Fundante es su propia estructura y los absurdos a los cuales conduce: La norma fundante es sólo la determinación de la manera en que surge el Derecho positivo, es decir, impone un método procedimental. De tal modo la norma fundante no regula el contenido sustancial del Derecho. Ahora bien, nosotros hemos visto que la estructura del Derecho es conceptuada por Kelsen en una relación lógico condicional en donde el principio de la Imputabilidad es analogizado con el principio de la causalidad haciendo una interpretación de la relación “Si A, entonces debe ser B”. Lo que Kelsen hace es que pretende ver una estructura propia del principio de imputabilidad, lo que hemos dicho, al analizar el asunto, que no es tal sino que la estructura lógica es la misma, que el derecho no tiene una estructura lógica propia y que el principio de imputabilidad, si le quitamos el contenido a los símbolos A y B queda convertido en nada o en una fórmula lógica que es la misma para cualquier tipo de relación condicional. Por lo tanto, lo único que hay de original y por tanto exclusivo del derecho son los contenidos de las normas pero no su estructura lógica. Entonces surge la pregunta: ¿ Cómo se condice el principio fundante, que es sólo forma con la existencia del Derecho que es puro contenido o nada que lo distinga del condicional lógico general? El principio de la Imputabilidad tiene una estructura condicional, pero no es exclusiva de él, de manera que si se la quitas queda una estructura ocupable por cualquier disciplina o no queda nada definible exclusivamente. Se disocia así, y es la única manera de entenderlo sin caer en el absurdo de que la ciencia del derecho para poder explicar el derecho tiene que deformarlo, la estructura de la norma fundante de la estructura general del derecho; la de la norma fundante es imperativa mientras que la del derecho es hipotética o condicional, es decir, la estructura de la norma fundante no es lógica en el sentido que obedezca a algún tipo de Juicio lógico pues no existen los juicios lógicos imperativos “Se deben obedecer los dictámenes de la autoridad legislativa” no es un juicio lógico sino un requisito procedimental inescindible de su contenido formal, en cambio, las normas positivas tienen la forma lógica condicional, pueden ser reductibles a una forma simbólica $P \rightarrow Q$, pero no puedo reducir a símbolos la norma fundante. La aporía que queremos dejar planteada, porque nos provoca extrañeza y una cierta tentación a dar por olvidado el sistema Kelseniano, es que el nexo entre la norma fundante y las normas que emanan de ella queda indeterminado porque no es lógico, tampoco es una vinculación sustancial o de contenido sino que es una vinculación modal, es decir, que sólo atiende a la norma producida y la manera en que se produce. Ésta aporía le permitiría a un Iusnaturalista dar un buen argumento antipositivista esgrimiendo la imposibilidad de la descripción del derecho por parte del positivismo jurídico ya que cae en una disociación inexplicable entre la norma fundante a las normas derivadas de ella. Por tanto concluiría el presunto Iusnaturalista sólo se da la explicación si la relación entre norma fundante y norma derivada se da por la vía del contenido de forma que se pueda rechazar por ilegítima una norma emanada de autoridad pero que atenta contra un principio

fundante de tipo moral, cosa que no puede hacerse en el positivismo ya que si se acepta al principio fundante sólo procedimentalmente y él mienta que se debe obedecer a la autoridad legislativa y ésta autoridad permite como derecho la pena de muerte, entonces ésta no se podrá rechazar como ilegítima pues la ha impuesto la autoridad. El Positivismo Jurídico más que una teoría anti-iusnaturalista sería una teoría autodestructiva y por tanto el mejor apóstol del Iusnaturalismo.

4. – La cuarta aporía consiste en que la norma fundante es básicamente un requisito de tipo histórico, es una norma sujeta a cambios y sin embargo da pie la existencia de un Derecho estático. En la Estática Jurídica Kelsen describe un Derecho no cambiante, así por ejemplo, los derechos Reflejos (subjetivos) se presentan de igual forma siempre aunque la propia norma fundante pueda cambiar. Tal cosa parece una contradicción porque si la norma fundante puede ser reemplazada, también lo puede ser el derecho aparentemente estático que surge de ella. Si sostenemos lo contrario, y ello no constituye según mi opinión un inconveniente, entonces al interior del Derecho, como al interior de cualquier actividad humana, hay lo que Kuhn llama una “TENSIÓN ESENCIAL”, por un lado una tendencia conservadora, una tendencia a anquilosarse y por otro una tendencia transformadora, tendencia a auto-negarse *. Tal situación del Derecho sería aparentemente un problema si lo vemos desde una perspectiva meramente formal, pero también puede ser entendido como el requisito necesario de todo cambio, el hecho de la resistencia por un lado y la transformación por otro, ese sería el motor de toda actividad humana. La aporía consiste en que son posibles ambas lecturas.

LOS DESAFIOS PRÓXIMOS DEL DERECHO.

El derecho, al modo como lo hemos entendido hasta la fecha, como una preponderancia sin contradictor alguno de la ley como elemento obligacional tiene algunos desafíos que le exigen repensarse pues de lo contrario irá perdiendo su poder coercitivo y como dice Kelsen, si una norma deja de ser obedecida por una mayoría de la comunidad a la que se refiere, entonces deja de ser derecho, y ello no es aplicable sólo a una norma en particular sino al derecho en su totalidad:

1. - El Primer desafío es que el Derecho tendrá que incorporar un estudio de sí mismo desde una perspectiva Historicista, o sea, tendrá que pensarse desde la pregunta ¿Cuál es la estructura histórica del derecho? La respuesta Kuhniana, según la cual la ciencia no tiene una estructura propia, objetiva, instrumental como quiere el Positivismo sino que tiene una estructura externa a ella misma: la historia, es plenamente aplicable al Derecho que debe entenderse con las nuevas corrientes epistemológicas, con las nuevas formas de entender a la realidad, con las formas siempre cambiantes de entender al Tiempo por ejemplo, de lo contrario se verá a sí mismo siendo historia, siendo pasado y no una disciplina histórica. Cuando la Historia pasa a ser parte de la estructura de la ciencia, sobre todo analizando la manera en que se dan los descubrimientos, entonces el concepto de Objetividad y todos esos principios que expusimos en Bunge serán cuestionados: Al descubrimiento (la ley adecuada para el caso adecuado) no se llega por método alguno, ni es transparente el mismo

* Al respecto recomiendo la lectura de dos textos relevantes para entender la filosofía de la Ciencia que viene: “La Estructura de las Revoluciones Científicas” y “La Tensión esencial” de Thomas Kuhn. Breviarios. Fondo de Cultura Económica.

Si no que lo que hay es una relación de tipo aleatorio (nótese por ejemplo lo que ocurrió con Huyens y el descubrimiento de la naturaleza ondulatoria de la Luz) Por ello quizá para el derecho sea una ventaja el que no sea ciencia y el que el intento de hacer ciencia de él fracase pues es justamente lo que lo salva de la crisis de la objetividad.

2. – El segundo desafío dice relación con la Relación entre el Derecho y la Técnica. Como ya hemos mencionado la técnica tiene la característica de extender al máximo el Poder del sujeto: La teoría de que la ética viene a controlar las pasiones humanas puede ser reemplazada por la teoría según la cual eso es así mientras no haya un instrumento mejor que lo haga, y la técnica se propone como tal instrumento. Así, el imperativo moral según el cual debían evitarse las relaciones sexuales prematrimoniales protegía el hecho de que hubiese demasiados nacimientos no deseados, pero la Técnica te dice que tal cosa es insostenible en el momento en que surge la pastilla anticonceptiva por lo que el imperativo moral puede ser reemplazado por una premisa de tipo técnico. Y la tendencia parece ser esa porque aquellos países que se dicen más “adelantados” y a los cuales nosotros seguimos como ovejas en sus discusiones no discuten el Aborto como un problema Ético sino como un problema Técnico: caemos en la burda discusión que para aceptar o no el Aborto nos preguntamos cuándo nace la vida, cuándo estamos frente a un ser viviente autónomo, unos dicen tres meses, otros tres semanas. La discusión ética deja de ser ética y pasa a ser técnica. El lector se puede preguntar ¿Qué decisión tomaría yo, si alguien me asegurase con toda certeza que la vida comienza tres semanas luego de la unión de los gametos? Probablemente no tendría ningún problema en eliminar al sujeto que aún no cumple las tres semanas. Lo mismo ocurriría si alguien me prueba que la ingesta de alguna determinada droga no produce adicción ni consecuencia indeseable alguna en la salud ¿Sería antiético consumirla? El Derecho tiene dos madres hacia las cuales acercarse, la Técnica o la Ética.

3. – El tercer desafío dice relación con el vínculo entre el Derecho y el Estado: Kelsen los ha identificado, y se identifican en el concepto de “Estado de Derecho”. La interdependencia de los estados modernos, el control unilateral de las relaciones interpersonales por parte de los vínculos económicos hace que haya una tendencia hacia la reducción cada vez mayor del Rol del Estado como ente regulador y constituyente del Derecho. En la actualidad existen empresas – como las de transporte en nuestro país que pueden paralizarlo si están descontentos con una determinada política Estatal, con un intento por hacer más igualitario el acceso a medios – que se superponen al propio Estado con sus intereses y respecto del cual la regulación normativa poco puede hacer. Eso significa que el Derecho Privado, que según Kelsen es una emanación del derecho objetivo, una autocontricción del Estado, se vuelve el Derecho coactivo del Estado por excelencia. La Teoría según la cual la condición de la existencia de un derecho positivo especializado es el Estado parece ser una teoría en franca retirada. Si Kelsen se levantara de su tumba quizá tendría que describir de otra manera el derecho.

RESULTADO FINAL DE LA INVESTIGACIÓN.

Queríamos establecer en un no tan extenso estudio si siguiendo las directrices de la teoría general de la ciencia podíamos dar con una teoría acerca del Derecho como una dogmática o como una ciencia. Para que haya ciencia tienen que cumplirse ciertos requisitos, requisitos que el Derecho particularmente cumple pero de una manera especial, así por ejemplo el requisito de la Contrastabilidad, que en las ciencias naturales se cumple con la referencia de las Hipótesis a los hechos en el derecho se cumple con la predicción hipotética que hace la norma respecto de los comportamientos individuales de las personas. En el transcurso del estudio nos hemos encontrado con ventajas más y con desventajas menos, sin embargo podemos resumir los puntos en:

1.- Un resultado de tipo Negativo: El Derecho no tiene una estructura lógica propia y no es posible, como quiere Kelsen, encontrar en el condicional lógico una interpretación purista del principio de la imputabilidad pues él se disuelve en un mero condicional analogizable con el principio de causalidad de las ciencias naturales. Así, la ciencia del derecho como las ciencias naturales constituyen una interpretación del condicional lógico, el uno, como Imputabilidad y las otras como causalidad sin que se den diferencias a éste nivel pues como mostramos, la pretensión Kelseniana de que hay una gran diferencia entre imputabilidad y causalidad es perfectamente refutable a partir de otros autores, la Imputabilidad dice Kelsen no se reduce hacia el Infinito, en cambio la causalidad sí. Pero nada más discutible que eso ya que la causalidad es un principio explicativo y como tal es perfectamente definible con grados de certidumbre. Este resultado negativo ofrece cualificar al Derecho: Él es distinguible de otras áreas del saber sólo por su contenido, por lo que manda y la manera en que cumple sus mandatos.

2. – Lo anteriormente dicho significa que la ciencia del derecho no se diferencia de las otras ciencias humanas por lo que ella misma es o hace sino por su objeto (al revés de lo que quiere Rickert) pues al ser su objeto el Derecho y tener éste la atribución de la Fuerza, entonces el estudio de la manera como la fuerza es ejercida le da a la Ciencia del Derecho una característica particular pero que no le pertenece de suyo y que al renunciarla la deja en la misma calidad que la Sociología, la Historia o la Biología. Al contrario de lo que quería Kelsen las ciencias no se distinguen intrínsecamente, por sus cualidades sino derivativamente, por su objeto.

