

"LA METODOLOGIA JURIDICA Y LA TEORIA PURA DEL DERECHO"

Presentado por: SOLANGE M.M. DELANNOY y ADRIANA H. MACK

ROSARIO, FEBRERO 1997

Curso de posgrado: "METODOLOGIA JURIDICA"

PROFESOR A CARGO: Dr. JUAN CARLOS GARDELLA

Organizado por: CENTRO DE ESTUDIOS E INVESTIGACIONES
EN DERECHOS HUMANOS

FACULTAD DE DERECHO

UNIVERSIDAD NACIONAL DE ROSARIO

INDICE

I.-	Introducción	3
II.-	La metódica dogmática y el pensamiento de Kelsen	9
III.-	Conclusión	18
IV.-	Notas	25
V.-	Bibliografía	27

LA METODOLOGÍA JURIDICA Y LA TEORIA PURA DEL DERECHO

I.- INTRODUCCION.

A la pregunta por la importancia del estudio de la metodología (innumerables ocasiones despreciada, relegada u oculta), coincidimos en señalar que, el mostrar (demostrar) los procedimientos utilizados para arribar al conocimiento científico, posibilitan la verificación por otros y abre el camino a la crítica.-

Ciro F. Cardozo nos dice: "En una primera aproximación, podemos decir que el término "método" designa a los procedimientos ordenados que es preciso emplear para alcanzar algún objetivo previamente establecido. Así, la aclaración de la expresión "método científico" depende en gran parte de la definición de ciencia, de qué finalidades persiguen los científicos, y por fin de cómo proceden para lograrlas". (1). Desarrollando este concepto podemos señalar algunas apreciaciones: el objeto determina de alguna manera al método y a su vez éste constituye el objeto; el objeto en cuestión es el derecho considerado como un objeto empírico, es decir un hecho, y como tal, accesible a la experiencia; se pueden distinguir aspectos fundamentales del método de sus aspectos técnicos, las técnicas validan los procedimientos pero no necesariamente deben repetirse; se requiere un talento especial para conducir el método, es decir al ordenar las cosas de determinada manera para lograr en un determinado auditorio la convicción; sujetos del método son tanto los órganos del derecho como las disciplinas jurídicas; y por último, su finalidad puede consistir tanto en la adquisición del conocimiento como en la transformación del mismo.-

A lo largo del curso pudimos extraer como conclusión, la existencia de tres grandes metodicas jurídicas: a) la DOGMATICA, b) la SOCIOLOGICA-JURIDICA y c) la POLITICA-JURIDICA.-

Esas tres metódicas confluyen interdisciplinariamente en la aprehensión y construcción del objeto del conocimiento jurídico; sin embargo en el pensamiento de Kelsen las dos últimas están excluidas como métodos propios de la ciencia del derecho.-

De la lectura de la Teoría Pura del Derecho, queda clara su intención de construir una ciencia pura despojada de todo elemento ideológico y de la realidad natura, definiendo así al derecho exclusivamente como un sistema de normas (ordenación normativa del comportamiento humano), no importa para que fines se empleará ese derecho, o si logrará su propósito y cómo lo logrará.-

"Al caracterizarse como una teoría "pura" con respecto al Derecho, lo hace; (la teoría pura) porque quiere obtener un conocimiento orientado hacia el Derecho, y porque desearía excluir de ese conocimiento lo que no pertenece al objeto precisamente determinado como jurídico. Vale decir quiere librar a la ciencia jurídica de todos los elementos que le son extraños. Este es su principio fundamental en cuanto al método". En manera enteramente acrítica, la jurisprudencia se ha confundido con la psicología y la sociología, con la ética y la teoría política"(2). Es indudable entonces, que desde la teoría pura del derecho la metódica sociológica-jurídica pertenece a otra ciencia cuyo objeto será la sociedad reconociendo desde ya a la sociología status científico.- Kelsen hace referencia más adelante a los que conciben a la ciencia del derecho sólo posible como sociología del derecho.-

Al respecto nos dice que la sociología jurídica relaciona "los hechos reales, no con normas válidas sino con otros hechos reales como causa y efecto".- Es harto conocida la concepción de Kelsen sobre el principio de causalidad y el principio de imputación, excluyendo el primero y reservando al segundo para el derecho, siendo los hechos reales objetos del derecho, actos a los cuales el derecho les da un sentido normativo, imputándoles esos sentido y no aplicando el principio de causalidad, según el cual los actos productores de derecho son medios de suscitar en el comportamiento humano determinadas conductas. La teoría pura del derecho no niega el nexo real entre el derecho y la totalidad social, en cambio si niega que

tales relaciones puedan ser conocidas por la ciencia jurídica. Los hechos de la naturaleza no son objeto de la ciencia jurídica en su facilidad, sólo se hacen aprehendibles por la ciencia del derecho en cuanto su sentido objetivo está ligado al mismo a través de una norma que les otorga significación propia en derecho; "la norma es un esquema de explicitación".-

Kelsen además, se opone al sincretismo de métodos, no desconoce la necesidad de que los dos métodos se complementen, pero rechaza la tentativa de endilgarle a la ciencia del derecho, tareas que sobrepasan su competencia, es una teoría general del derecho, que nos ofrece también una teoría de la interpretación.

En cuanto a la metódica política-jurídica, ni siquiera tendría carácter científico, reduciéndola a mera ideología. Entiende Kelsen por ideología a una "exposición no objetiva, trasfiguradora o desfiguradora del objeto, influida por juicios de valor subjetivos, que ocultan el objeto del conocimiento"(3).

Descarta del conocimiento jurídico todo juicio de valor que lo califique, de justo o injusto, bueno o malo, ideal o no, descartando la posibilidad de legitimar o descalificar el orden social existente. "Así impide que, en nombre de la ciencia jurídica, se atribuya al derecho, al identificarlo con un derecho ideal justo, un valor superior al que de hecho posee, o bien, que se le niegue, por estar en contradicción con un derecho ideal justo, todo valor, y hasta se le niegue valor en general" (4), "se trata de la relación de la ciencia del derecho con la política, de la neta separación entre ambas; de la renuncia arraigada costumbre de defender exigencias políticas en nombre de la ciencia del derecho, invocando, pues, una instancia objetiva, exigencias políticas que sólo poseen un carácter supremamente subjetivo aún cuando, con la mejor fe, aparezca como el ideal de una religión, una nación o una clase"(5). "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 decir, ciencia jurídica; no, en cambio, política jurídica"(6).

La ciencia del derecho lo debe conocer desde fuera, los órganos del derecho en cambio producen el derecho y deben conocer las norma que autorizan su producción. Kelsen habla de la confusión existente con respecto a la función y al producto de la ciencia jurídica y de la autoridad jurídica.

Caracteriza al conocimiento jurídico de los órganos del derecho, como no esencial, sólo es preparatorio; mientras que el conocimiento jurídico de la ciencia jurídica es un sistema unitario teniendo un carácter puramente epistemológico.

La confusión habitual entre los productos de la ciencia jurídica y los de la autoridad jurídica, se traduce en la aparición de dichos productos como expresiones sinónimas, derecho y ciencia del derecho, cuando en verdad la autoridad jurídica produce derecho y la ciencia jurídica describe el derecho. El sentido del acto que instaura la norma es diferente del sentido descriptivo del derecho enunciado.

"La diferencia se muestra en que los enunciados deónticos formulados por la ciencia del derecho, que describen el derecho y que no obligan ni facultan a nada ni a nadie, pueden ser verdaderos o falsos, mientras que las normas producidas por la autoridad jurídica, que obligan y facultan a los sujetos del derecho, no son ni verdaderas ni falsas, sino sólo válidas o inválidas, de igual suerte que los hechos empíricos no son ni verdaderos ni no verdaderos, sino que existen o no existen, mientras que sólo los enunciados sobre esos hechos pueden ser verdaderos o no verdaderos"(7).

La norma jurídica tiene carácter de prescripción, siendo el material que será descripto por la ciencia jurídica. Según Kelsen los principios lógicos de inferencia y no contradicción, sólo pueden aplicarse a las normas jurídicas en forma indirecta, y en la medida en que se puedan aplicar a las proposiciones que enuncian esas normas jurídicas. Dos normas QUE SEAN CONTRADICTORIAS no pueden ser declaradas válidas simultáneamente, si las proposiciones que las enuncian son contradictorias.

Posteriormente cambia de opinión admitiendo que los principios lógicos antes mencionados no son aplicables ni siquiera en forma indirecta a las normas jurídicas. En la obra "Normas Jurídicas y Análisis Lógico" que produce la discusión epistolar entre Hans Kelsen y Ulrich Klug, en la epístola de Kelsen del 28-7-1965, y al respecto de un ejemplo elaborado por Klug alrededor de la posibilidad de inferir lógicamente la norma individual de la general, Kelsen demuestra que la norma individual que dice que A debe ser castigado con prisión de hasta 10 años, además de estar incorrectamente formulada, debiendo en todo caso ordenar una pena de prisión totalmente determinada, no puede ser inferida lógicamente de la norma general que dice que los encubridores profesionales deben ser castigados con prisión. Ya que la norma individual es válida en tanto es puesta por un acto de voluntad de los órganos competentes del derecho. Siendo la norma general presupuesta la de que las órdenes de los órganos del derecho deben ser obedecidas, es decir, autoriza a la producción del derecho. Los actos de voluntad de los órganos del derecho "...no pueden ser logrados mediante una inferencia lógica, es decir, mediante una operación de pensamiento"(8). Dado que las decisiones judiciales pueden poner inclusive en vigor un nuevo derecho, que con respecto a la norma general válida entre en conflicto no ya en un caso concreto, sino en todos los casos a los cuales se refiere la norma general producida por legislación.

Este cambio de opinión en Kelsen coherentiza lo sostenido ya en su obra "Teoría Pura del derecho" (1960) donde el había establecido que: "las normas no son producto de actos de pensamiento, como los enunciados o juicios, sino el sentido de actos de voluntad, y por eso, son siempre arbitrarios". El legislador en la norma jurídica no enuncia nada sobre un deber ser, el crea un deber ser siendo el carácter de este acto volitivo y no cognoscitivo, imposición y no razón.

En la tarea de definir el objeto, es decir, las normas jurídicas y la conducta humana por ellas regulada, en tanto éstas tienen ligado un sentido objetivo por aquellas, Kelsen se plantea

los siguientes interrogantes: "... qué funda la unidad de una multiplicidad de normas?, porqué pertenece una norma determinada a un orden determinado?, porqué vale una norma; cuál es su fundamento de validez?"(9). Al respecto sostiene que, el fundamento de una norma puede descansar sólo en la validez de otra norma llamada el rango superior. Muchas veces la respuesta es que la norma vale por haber sido dictada por una autoridad, alguien que tiene capacidad para establecer normas. Pero esta competencia para establecer normas se debe fundar en una norma que faculte a imponer normas. A ésta están sujetos tanto la autoridad facultada como los individuos obligados a obedecer. Sin embargo, la búsqueda del fundamento de validez no puede proseguir hasta el infinito, debe concluir con una norma que Kelsen supone suprema y deber ser propuesta, dado que no puede ser impuesta por ninguna autoridad facultada por norma alguna; lo que Kelsen llama norma fundante básica. Así, las normas que puedan remitirse a una misma norma fundante básica, constituyen un orden normativo, ya que esa norma fundante básica es la fuente común del fundamento de validez.

Según la índole del fundamento de validez, Kelsen distingue entre dos tipos diferentes de sistemas de normas, uno estático y otro dinámico. Un orden estático supone una norma fundante que incluya a todas las posibles normas, es decir, a aquellas que puedan ser deducidas lógicamente por su contenido del contenido de la norma fundante, prestándole fundamento de validez y de contenido válido. Esto hace necesario que el contenido de la norma fundante básica deba ser aceptado como inmediatamente evidente. El ser inmediatamente evidente tiene como presupuesto el concepto de la razón práctica, más la razón es esencialmente cognoscitiva siendo en cambio la norma, imposición de voluntad.

A la postre, su validez sólo puede fundarse en una norma presupuesta, según la cual deba comportarse conforme a las órdenes de la autoridad que las dicta o según las normas producidas consuetudinariamente. Esta norma puede prestar sólo fundamento de validez pero no el contenido válido de las normas en ella fundadas. Este es el sistema dinámico de normas. La norma vale por que se

presupone una norma fundante básica que estatuye el modo de establecer normas.

La norma fundante básica no puede ser cuestionada, no puede ser preguntada por su fundamento de validez, es presupuesta. Una norma jurídica no vale por su contenido sino por haber sido producida conforme a la norma fundante básica; ésta no tienen contenido material del cual puedan derivarse otros, sino que las normas son producto de la imposición de voluntad de la autoridad facultada para imponer normas. La norma fundante básica en cambio no es impuesta, sino presupuesta, ya que no puede haber sido producida por ninguna autoridad jurídicamente competente.

“Si se quiere conocer la esencia de la norma fundante básica, es necesario ante todo tener conciencia de que la misma se refiere, inmediatamente a una determinada Constitución, efectivamente impuesta, producida por la costumbre o promulgada expresamente, eficaz en términos generales, y medianamente al orden coactivo producida conforme a esa Constitución, también eficaz en términos generales, en tanto da fundamento a la validez de esa Constitución y al orden coactivo producido de conformidad con ella”(10).

II.- LA METODICA DOGMATICA Y EL PENSAMIENTO DE KELSEN.

La metódica dogmática comprende a los métodos: comprobación, interpretación, aplicación, integración y sistematización.

1.- Método de comprobación.

Consiste en los procedimientos a aplicar para conocer la existencia de norma. A través de este método decimos que en los sistemas de derecho consuetudinario hay una norma jurídica, cuando se da, en situaciones recurrentes, una repetición de conductas con la convicción social generalizada de que es obligatoria. En los sistemas de derecho legislado decimos que hay una norma jurídica, cuando es dicha por quienes están autorizados a decir directivas jurídicas.

Las dificultades que se plantean alrededor de la comprobación, giran fundamentalmente en torno de la cuestión de si las normas jurídicas existan a pesar de no ser cumplidas y del grado y tiempo de cumplimiento. Esto nos remite a la teoría pura del derecho a las categorías Kelsenianas de validez y eficacia.

Para Kelsen validez significa la existencia específica de una norma. Aunque la existencia de la norma es diferente del acto de voluntad por el cual ella se instituye, ya que la misma se instituye, adquiere validez, precisamente cuando el acto de voluntad ha dejado de existir.

"Puesto que la validez de una norma no es algo real, conviene distinguir la validez de su eficacia". Que una norma existía, es decir, sea válida, no implica decir que es obedecida, aún cuando sólo una norma con cierto grado de eficacia puede ser considerada válida. Validez y eficacia tampoco coinciden temporalmente ya que una norma jurídica es válida antes de ser eficaz, pero debe dejársela de considerar como válida cuando permanece sin eficacia duradera.

Según Kelsen para las teorías positivistas la cuestión está en encontrar un término medio entre las tesis que sostienen que entre la validez, como lo debido, y la eficacia, como un hecho real, no existe relación alguna, y las que sostienen que la validez es idéntica a la eficacia. "La primera es falsa, puesto que puede negarse que un orden jurídico como un todo, así como una norma jurídica aislada pierden su validez cuando cesan de ser eficaces; y que por ende, en esa medida, aparece una relación entre lo debido de la norma jurídica y lo existente de la realidad natural, puesto que la norma jurídica positiva, para tener validez, tiene que ser implantada por un acto real. La segunda solución es falsa, porque, como se mostró anteriormente, hay múltiples casos en que se consideran válidas normas jurídicas, aunque no sean eficaces, o aún no lo sean"(11).

Por último, la solución que propone la teoría pura del derecho es que la eficacia es condición de la validez pero no su fundamento. "La instauración y la eficacia son puestas en la norma fundante básica, como condiciones de validez, la eficacia en el

sentido que debe agregarse al hecho de instauración, para que tanto el orden jurídico como un todo, así como cada norma jurídica aislada no pierda su validez" (12). "Las normas jurídicas de un orden jurídico positivo valen porque la norma fundante básica, que es regla de base de producción, es presupuesta como válida, y no por ser ella eficaz; pero aquellas normas solamente tienen validez cuando (es decir, mientras,) ese orden jurídico sea eficaz" (13).

Cuando el orden jurídico pierde su eficacia como un todo, tanto éste como cada una de sus normas pierden su validez. Pero éste no pierde su validez cuando una norma jurídica aislada la pierde. Es válido cuando las generalidades de sus normas son acatadas; y tampoco una norma jurídica general aislada pierde su validez cuando es ineficaz sólo en casos aislados. Es más, la norma jurídica lleva como incita la posibilidad de una conducta contraria a la norma; sólo pierde validez aquella norma que nunca es acatada (desuetudo). Lo dicho por Kelsen para las normas jurídicas generales vale también para las normas jurídicas individuales.

No sólo se entiende por eficacia la aplicación de la norma por los órganos jurídicos (especialmente los Tribunales), sino también el acatamiento por parte de los sujetos sometidos al orden jurídico.

Entonces para Kelsen, el método de comprobación, es decir, los procedimientos a aplicar para conocer la existencia de las normas, consistirían en la determinación de la validez. Es decir, cuando ha sido instaurada conforme a la norma fundante básica y es eficaz en términos generales.

2.- Método de interpretación.

La interpretación remite al entendimiento sobre qué dice la norma jurídica, sus interrogantes son: ¿qué es lo que se interpreta? ¿quién interpreta? ¿cuál es la finalidad de la interpretación? cuáles sean los procedimientos y los resultados de la interpretación?

Podríamos distinguir planos de la interpretación según sea el sujeto, los tribunales, los juristas o la llamada interpretación popular.

Una cuestión primera aparece con la llamada interpretación auténtica, en la cual, el mismo órgano que dijo la norma jurídica la interpreta. No hay distancia entre el intérprete y lo interpretado.

La segunda cuestión es, qué es lo que se interpreta (conductas o significados de signos). ¿Si no es conducta, estos signos interpretados serán significados del autor, o existen independientemente? Para Kelsen serían significados imperativos. Su pregunta sería qué contenido hay que darle a la norma individual al deducirla de una norma general. Interpretación de la Constitución, de los tratados, de las leyes, etc. es decir, en tanto las normas jurídicas deben recibir aplicación.

Así mismo, los individuos que deben orientar su conducta tienen que comprender la razón, y la ciencia jurídica también tiene que interpretar las normas jurídicas cuando describe un derecho positivo.

Para Kelsen interpretación auténtica sería la aplicación del derecho, y la no auténtica la que hacen individuos y la ciencia jurídica.

En la interpretación auténtica es decir en la que se produce al aplicar el derecho, al deducir una norma jurídica de otra, hay según Kelsen, una relación de determinación; la norma superior, o regula el acto que produce la norma inferior, o regula el acto de ejecución al determinar no sólo el procedimiento sino su contenido.

Hay empero, un cierto grado de indeterminación, ya que la norma de rango superior no podrá nunca determinar todos los sentidos posibles, subsistiendo un cierto grado de discrecionalidad. La norma superior tiene el carácter de marco que se llena mediante el acto de aplicación.

Esta indeterminación puede ser intencional, las normas de carácter general suponen la apertura de un proceso de determinación que configura el sentido de una secuencia graduada de la norma jurídica.

Caso claro es la sanción penal, en la que la norma faculta al juez decidir sobre la medida de prisión.

Además, la indeterminación puede no ser intencional, es decir, consecuencia no buscada, ambigüedad de una palabra o de una secuencia de palabras "...el sentido de la norma no es unívoco; el órgano que tiene que aplicar la norma se encuentra ante varios significados posibles" (14). O puede inferirse una diferencia entre la voluntad expresada a través de la norma y su expresión lingüística, esta discrepancia puede ser total o sólo parcial. Esta última se da cuando uno de los significados posibles de la expresión lingüística coincide con la voluntad de legislador o la intención de las partes.

Kelsen concluye, que en el acto de aplicación del derecho hay varias posibilidades, constituyendo la norma superior, sólo el carácter de marco. "Con lo cual todo acto es conforme a derecho si se mantiene dentro de ese marco, colmándolo en *algún sentido posible*" (15). No hay entonces necesariamente una decisión única, la única correcta, sino varias, todas las cuales tienen el mismo valor. Critica Kelsen en este punto a la teoría tradicional que supone una única decisión correcta, indicando que la interpretación completa el marco de la norma de rango superior en un acto sólo de entendimiento no de voluntad.

Para Kelsen no hay método alguno, según el cual, uno de los varios significados lingüísticos atribuibles a la norma pueda ser designado como el correcto. Decidirse por la voluntad del legislador o por el tenor literal, es siempre equivalente por entero. Tanto los criterios del argumento a contrario y la analogía son carentes de valor, llevando ambos a resultados contrapuestos para decidir por una u otra alternativa. Es más, asevera "Puesto que la necesidad de una "interpretación" resulta justamente de que la norma por aplicar, o el sistema de norma, deja abiertas varias posibilidades, lo que significa, por lo tanto, que no contiene ninguna decisión sobre cuál de las interpretaciones en competencia sea la de mayor valor, dejando esa determinación del rango de los intereses justamente al acto que se efectúe de producción de normas, por ejemplo, a la sentencia judicial" (16).

La pregunta sobre cuál sea el sentido correcto es para Kelsen una pregunta política. Es imposible, en la tarea de interpretación, obtener algún conocimiento del derecho ya existente, que dé como resultado la única ley correcta, única sentencia correcta. Tanto legislador como juez, (éste último con una menor esfera de libertad) al crear derecho dentro del marco de la norma general, cumplen una función volitiva. Si hay actividad cognoscitiva, ésta proviene, no del conocimiento del derecho sino del de otras normas extrajurídicas (moral, justicia) de las cuales nada se puede decir sobre su validez y verificabilidad.

“Si hubiere que caracterizar no sólo la interpretación de la ley por parte de los tribunales u órganos administrativos sino en forma enteramente general, la interpretación del derecho por los órganos de aplicación del derecho, habría que decir: en la aplicación del derecho por un órgano jurídico, la interpretación cognoscitiva del derecho aplicable se enlaza con un acto de voluntad en el cual el órgano de aplicación de derecho efectúa una elección entre las posibilidades que la interpretación cognoscitiva muestra. Con ese acto o bien se produce una norma jurídica de nivel inferior o se lleva a cabo el acto coactivo estatuido por la norma jurídica aplicable” (17).

La interpretación que efectúan los órganos de aplicación de derecho es para Kelsen auténtica, tanto la que crea norma general como una individual.

Además, no sólo es posible que la interpretación auténtica se lleve a efecto eligiendo una de las posibilidades equivalentes, sino que puede producirse una norma que esté fuera del marco de la norma aplicable.

Con respecto a la interpretación vulgar, dice Kelsen que los individuos al adecuar su conducta a la obligación jurídica, cuya conducta contraria lleva enlazada una sanción, también optan por una posibilidad. pero esta opción no es auténtica y además se corre el peligro de que los órganos de aplicación de derecho opten por otra, configurando la conducta elegida por el individuo un ilícito.

La interpretación en la ciencia del derecho es pura determinación *cognoscitiva*. Esta no puede de ninguna manera crear nuevo derecho (colmar lagunas), sólo puede exponer los significados posibles de la norma jurídica, indicando todas las opciones (aún aquellas políticamente indeseables), estableciendo Kelsen la ventaja de tal actitud para la autoridad jurídica, al poder advertir la necesidad de excluir, en el mayor grado posible, la ambigüedad, intentando "el mayor grado posible de seguridad jurídica".

3.- Método de integración.

Se aplicaría cuando el que interpreta no puede resolver con el material existente, o se presenta un caso no previsto. Se construye entonces con el material existen una norma nueva que integra el orden jurídico. Como adelantaremos en el punto anterior, Kelsen rechaza de plano no sólo, la posibilidad de integrar el orden jurídico, sino la existencia misma de las lagunas, sosteniendo la plenitud hermenéutica del derecho, caracterizando a las supuestas lagunas como axiológicas. La jurisprudencia tradicional considera que, cuando una conducta no está prohibida se encuentra en determinadas circunstancias con una laguna. El tribunal debería producir derecho, llenando la laguna.

Para los que sostienen la existencia de lagunas debemos distinguir dos pasos a seguir: 1) comprobación de la laguna, que dependería de juicios de valor; 2) los procedimientos para llenar la laguna entre los cuales se destaca la analogía. Esta arriba a una solución seleccionando una norma que provea una hipótesis similar, requiriendo además similitud de razones para solucionar la cuestión, tanto en el caso previsto como en que no.

En tanto Kelsen sostiene, que toda conducta jurídicamente no prohibida está entonces permitida y los demás individuos obligados a soportar aquella conducta. Sólo que en algunos casos la teoría tradicional supone la imposibilidad de aplicar el orden jurídico positivo, porque ve como injusta su aplicación, explicando esta situación con la supuesta inexistencia de una norma general aplicable al caso. "...aparece que la existencia de una "laguna" sólo está admitida cuando la falta de semejante norma jurídica es condicionada

por el órgano de aplicación como indeseable desde un punto de vista jurídico político, poniendo de lado, por esta razón jurídico política, la aplicación lógicamente posible de derecho válido, en tanto visto como inconveniente o injusto por el órgano de aplicación" (18).

A través de varios ejemplos (robo de electricidad, robo con homicidio, eutanasia) Kelsen demuestra que considerar disvaliosa o injusta la inexistencia de una norma general es un juicio de valor relativo. Según la posición, demandante demandado, acusador o imputado, o cuestiones ideológicas, la misma cuestión será valorado como justa o injusta.

En el análisis del Código Civil suizo concluye que la norma que autoriza al juez "La ley se aplicará en todas las cuestiones jurídicas... Si no puede extraerse de la ley un precepto el juez resolverá según el derecho consuetudinario y, de faltar éste también, según la regla que el mismo establecería como juez"(19) "en realidad debería decir:... "Cuando la aplicación del orden jurídico existente sea insatisfactoria para la concepción intuitiva moral política del tribunal en el caso que se le somete, podría resolver el caso según su apreciación" (20). Como tal redacción conllevaría como consecuencia la renuncia del órgano legislativo de sus funciones en favor de los órganos de aplicación del derecho, se recurre a la ficción que el orden jurídico es, en algunos casos, no aplicable, limitando así la posibilidad de creación del derecho por los tribunales.

La teoría tradicional llama a éstas anteriormente descritas lagunas auténticas, admitiendo, además, la existencia de lagunas técnicas, las que son aceptadas aún por aquellos que niegan la existencia de las primeras. Kelsen al respecto de la distinción entre lagunas auténticas y técnicas dice que estas últimas consisten en que, el legislador ha omitido normar lo necesario técnicamente para poder aplicar la ley. Por lo tanto, el niega la existencia de lagunas técnicas, siendo en su opinión, éstas, o bien lagunas auténticas, o una indeterminación proveniente del carácter de marco que tiene la norma.

Para ejemplificar el primer supuesto, Kelsen cita el caso de la compraventa, en el que la ley establece la obligación para el vendedor de entregar la cosa o reparar el daño, y nada dice sobre quien soporte la pérdida de la cosa cuando es destruida sin culpa de las partes antes de la tradición. Dirá que nos encontramos ante una llamada laguna auténtica en el sentido que puede verse como disvalioso que el vendedor deba cargar con el peso de la destrucción producida sin culpa, pero en el caso es aplicable la norma general que obliga al vendedor a entregar la cosa o a reparar el daño; ya que no contiene la excepción deseada.

El supuesto de la laguna técnica que en realidad provendría de la indeterminación producida por el carácter de marco de la norma, es ejemplificada por Kelsen con el caso en el que una ley que determina la creación mediante una elección de un órgano, no dice nada sobre cual sea el procedimiento electoral a adoptar, por lo tanto cualquier mecanismo de elección seleccionado será conforme a derecho.

4.- Método de aplicación.

Método para producir directivas jurídicas a partir de otras, tanto directivas individuales a partir de generales, como individuales a partir de individuales (precedentes).

El proceso de aplicación tendría cuatro etapas: 1- Comprobación de hechos, se trata de deducciones probables; 2- Subsunción, se trata de subsumir los hechos dentro de algún tipo legal, se compara dos series de hechos una que es efectiva y la otra que es dirigida ya que es contenido de voluntad de otro órgano del derecho. La coincidencia entre las dos series puede ser total, parcial o nula. Intervienen en esta comparación, tanto juicios valorativos como fácticos; 3-Deducción de la consecuencia, es el único punto que funciona en forma deductiva mecánica; 4-Determinación de la consecuencia, consiste en la comparación entre juicios fácticos, los hechos determinados por la norma, con la serie posible de hechos, por ejemplo cuando se trata de determinar una pena.

Kelsen no distingue entre aplicación e interpretación. Aseverando que, "la interpretación es procedimiento espiritual que acompaña el proceso de aplicación del derecho, en su tránsito de una grada superior a una inferior"(21). Sobre el cuarto punto que trata sobre la determinación de la consecuencia podemos decir, que es tratado o decidido por Kelsen, dentro del método de interpretación cuando se refiere a la indeterminación proveniente del carácter de marco de la norma, denominándolo "indeterminación intencional del acto de aplicación de derecho". Todo esto que nosotras describimos más arriba como método de aplicación para Kelsen sería todo procedimiento cognitivo que precede al "...acto de voluntad en el cual el órgano de aplicación de derecho efectúa una elección entre las posibilidades que la interpretación cognitiva muestra"(22).

III.- CONCLUSIÓN

a.- **Elementos caracterizadores de la disciplinas científicas.**

Caracterizan la científicidad de una disciplina los siguientes elementos:

1) "Un conjunto sistemático de proposiciones, entendiendo como proposición, una expresión de la cual tiene sentido decir que verdadera o falsa, una ciencia cognitiva o práctica puede ser concebida como una red de proposiciones con cierta coherencia"(23).

2) Proposiciones formadas realmente, (24) es decir, no posibles sino efectivamente formuladas.

3) Es una obra social, en tanto la verdad es producida intersubjetivamente, desarrollada además por ciertos métodos. La elección de cierta metódica permite la aceptación o eliminación de determinadas proposiciones.

4) Es un conocimiento metódicamente obtenido; para presentarse como ciencia, una disciplina debe exponer sus procedimientos para demostrar las hipótesis que se ha planteado, lo

que posibilita "un control para establecer cuáles proposiciones pertenecen a la misma y cuáles no" (25).

5) Carácter crítico, entendido como tal no sólo la posibilidad de dar los fundamentos de sus aciertos y negaciones, sino también su fundamentación en la razón y la experiencia, descartando lo no racional. Podemos agregar la exigencia de publicidad y libertad, que permiten asegurar la verificación intersubjetiva y la necesidad del debate argumentativo y reducir el papel de la subjetividad y de su carácter deformativo. "El carácter crítico de la ciencia no está pues, en contradicción con su naturaleza ideológica: por el contrario: la supone"(26).

6) "Cada ciencia tiene un objeto definido que ella construye"(27). De la realidad como ciencia selecciona algunos elementos que han de constituir su objeto.

7) "Cada ciencia establece objetivos de su actividad"(28).

b.- La ciencia del derecho y la teoría pura de Kelsen.

Luego de haber caracterizado el concepto de ciencia y descripto las metodicas, especialmente la dogmática desde la teoría Kelseniana debemos preguntarnos: Si la teoría pura del derecho tiene carácter científico o no; o en mejor formulación, si la teoría pura del derecho ha hecho un aporte significativo para dar carácter científico a las disciplinas jurídicas.

Con respecto al primer elemento no podemos negar que la teoría pura del derecho es una *red coherente de proposiciones* de las cuales se puede decir que son verdaderas o falsas. Kelsen distingue entre normas y proposiciones normativas. Las primeras serían juicios normativos, es decir, del "deber ser" y como tales no susceptibles de ser dichas como verdaderas o falsas, sino válidas o inválidas. Las proposiciones normativas que enuncian las normas pueden ser calificadas de verdaderas o falsas, aunque también pertenecen al mundo del "deber ser". Para ejemplificar: una proposición normativa podrá decir "Según el derecho argentino los que cometen homicidio deben ser castigados con prisión", ya que no puede aseverar que en realidad lo sean. Si el derecho argentino contiene una norma que

castiga con prisión el homicidio, dicha proposición será verdadera, si no la contiene será falsa.

Con respecto al segundo elemento, es decir, a los métodos utilizables para la construcción del derecho como objeto de la ciencia jurídica, Kelsen sólo acepta como tal, a la dogmática, excluyendo las metodológicas sociológica y político jurídicas. Dentro de la dogmática explícita sobradamente los procedimientos utilizados, argumentando las razones por las cuales asevera o excluye diversas proposiciones.

Respecto del carácter crítico establecido por nosotras como tercer elemento, creemos que a pesar del mismo Kelsen, que aparentemente excluye la "crítica" de su teoría al rechazar todo elemento proveniente de la realidad natural o de la moral, cumple una función crítica al desnudar las múltiples ficciones que impregnan las disciplinas jurídicas, tales como la justificación del Estado por el derecho; la distinción entre derecho público y privado; o entre derechos personales y reales; la verdadera dimensión del derecho de propiedad; y, sobre todo el derecho como orden coactivo. Al identificar estado y derecho, identificación a la que podemos atribuir, la función de precisar la determinación formal de la Constitución abre, por lo demás, una vía de acceso directo para el planteamiento de problemas relacionados con la teoría de la democracia. Contempla al Estado desde el punto de vista formal, lo determina como orden jurídico coactivo y lo concibe como medio para realizar cualesquiera fines. Creemos que de esta manera abre paso para la inclusión de la teoría de la superestructura del marxismo en la teoría del derecho. Y si los fines del Estado quedan sujetos al cambio -determinado en lo esencial por los factores socio-económicos-, la concepción formal de la Constitución sostenida por Kelsen se acerca a tal modo de concebir históricamente los problemas de organización de la sociedad. Sin embargo, en la teoría del Estado y el derecho podemos aseverar se ocupa únicamente de fenómenos estatales y jurídicos que son, en sentido específico, efectivos. El mismo Kelsen dice: "El principio de la efectividad que, como contenido de la norma fundamental, es principio de conocimiento

específicamente jurídico, ofrece suficientes garantías para que la jurisprudencia nunca pierda de vista la relación entre la norma jurídica y lo que se llama realidad social". Así Kelsen se opondrá tanto a las teorías conservadoras del Estado que rechazan las modificaciones del status que, alegando que los fines perseguidos por el orden estatal concreto son "esenciales al Estado", como a aquellas tesis que aún cuando son objeto de sus simpatías, tratan de incluir en la noción de Estado sus concepciones políticas. Quiere poner la noción de Estado a salvo de las luchas políticas, no para bloquear tales luchas jurídicamente, sino con el fin de fortalecer la Constitución en su carácter de sistema abierto, propio para servir de escenario a tales luchas.

Con tales afirmaciones parece sensato poner en duda el reproche sobre su adhesión a la ideología del neutralismo ideológico, pues muy bien explícita que una limitación, aparentemente libre de ideología, del concepto de Estado a la forma del Estado, en la realidad no es impedimento para que grupos políticos concretos interpreten en determinado sentido el carácter de sistema potencialmente abierto de la Constitución. No excluye estos conflictos del ámbito de la teoría pura del Estado y del derecho con el propósito de asignarlos a otra ciencia, sino que pone en duda que haya ciencia capaz de analizar tales conflictos con objetividad, porque los considera esencialmente codeterminados por factores subjetivos que impiden llegar a una aclaración intersubjetiva, validada por los medios de la ciencia auténtica.

Al definir Kelsen, el objeto como un sistema de normas válidas a través de toda su construcción, en la cuestión de la interpretación jurídica científica nos dice que se pueden obtener diferentes posibilidades de significados de una norma jurídica. De esta manera el verdadero científico del derecho deberá exponer todas; aún aquellas políticamente indeseables; excluyendo la posibilidad de aseverar la corrección científica de una de ellas.

En la interpretación de los órganos de aplicación de derecho, el órgano selecciona uno de los posibles significados mediante un acto de voluntad, pudiendo llegar hasta la producción de

nuevo derecho al tomar una decisión que estuviera fuera del carácter de marco de la norma. Admite Kelsen que en el acto de voluntad del órgano de aplicación del derecho intervienen juicios de valor que en definitiva quedarían positivizados. En los casos en que el órgano de aplicación crea derecho, aún fuera del marco atribuible a la norma, Kelsen sostiene que nos encontramos con una norma válida. "Mediante una interpretación auténtica semejante puede crearse derecho no sólo en el caso en que la interpretación tenga carácter general, es decir, cuando se da una interpretación auténtica en el sentido usual de la palabra, sino también en el caso en que el órgano de aplicación de derecho produce una norma jurídica individual; tan pronto el acto del órgano de aplicación de derecho no puede ser dejado sin efecto por haber adquirido fuerza de cosa juzgada, que muchas veces se cree nuevo derecho o vía de semejante interpretación auténtica - especialmente por tribunales de última instancia- es un hecho bien conocido" (29).

Sólo entonces será para Kelsen accesible a la disciplina científica su contenido cognitivo no así el volitivo. La jurisprudencia en cuanto ciencia se verá limitada a la explicación de posibles significados o caracterizaciones de una norma, pero no deber de calificar de científicamente correcto ninguno de los significados posibles.

Sin embargo, podemos enunciar con Larenz, que, "...en la mayoría de los casos se trata de procesos de pensamiento objetivables y comprobables por otros, no puros "actos de voluntad" o de puros establecimientos de derecho" (30).

Indudablemente el criterio de objetividad para la ciencia vigente en ese momento era el de las ciencias exactas, entendiéndola como neutralidad valorativa y adecuación de medios afines, estando estos fines excluidos de la posibilidad del conocimiento científico, siendo por naturaleza relativos y de condición ideológica.

Kelsen en el afán de desautorizar al iusnaturalismo y despojar a la ciencia jurídica de los prejuicios ínsitos a aquel, cae en el prejuicio de rechazar la posibilidad del carácter científico de la política y de excluir la posibilidad de la

interdisciplinaria de la dogmática, la sociología jurídica, y la política jurídica en el estudio del derecho.

Podemos elegir un camino diferente al de Kelsen al tratar el tema ideología y ciencia. Coincidimos en señalar que la neutralidad valorativa resulta a lo menos engañosa o conservadora del status que, resultando una actitud más próxima a la verdad aquella que supone la naturaleza ideológica de la ciencia y trata de llegar a una objetividad aproximada, dada la relatividad valorativa. "...en este sentido la ciencia no puede ser neutral" (31). Sólo se puede llegar a una neutralidad relativa mediante la discusión intersubjetiva y el debate argumentativo, teniendo en cuenta que "...las ciencias responden en efecto de alguna manera, a necesidades o intereses de la sociedad o de sectores de la misma; sectores que pueden estar vinculados a la expansión de los intereses generales o sectores con tendencia a la defensa de intereses singulares. Para la determinación de esas necesidades sociales y su respectiva satisfacción...es necesario...un examen intersubjetivo a través de la discusión racional. Y ésta rige la exigencia de neutralidad, entendida como explicitación de todos los prejuicios y su transformación en hipótesis de verificación intersubjetiva" (32).

Pensamos que Kelsen hace un gran aporte a la explicitación de prejuicios presentes en la ciencia del derecho, aporte que puede consistir en un material útil para su crítica y superación.

Partiendo del carácter ideológico que impregna las disciplinas que componen la ciencia del derecho y como dijimos anteriormente están vinculadas con sectores sociales "...cuyo interés en el modo de satisfacer necesidades humanas básicas - universalidad o singularidad- es divergente" (33), podemos concluir, que las disciplinas jurídicas cuando adquieren carácter crítico "...representan una parte de la pugna de los sectores que quieren satisfacer las necesidades humanas básicas con tendencia a la universalidad, es decir, en forma libre e igualitaria, y que precisamente por ello están interesados en el desarrollo de un saber crítico" (34). A esta labor podemos denominarla "lucha por el derecho" específicamente "lucha por los derechos humanos" (35).

ADRIANA MACK

SOLANGE DELANNOY

NOTAS

1.- Cardozo, Ciro F.S. pág. 43 "Introducción al trabajo de la investigación histórica" Edit. Crítica Grupo Editorial Grijalbo 3ra. Ed. Barcelona 1985.

2.- Kelsen, Hans pág. 15 "Teoría pura del derecho" Ed. Universidad Nacional Autónoma de México. 1ra. Ed. en español México 1979.

3.- Ibidem. pág. 121

4.- Ibidem. pág. 121

5.- Ibidem. pág. 10

6.- Ibidem. pág. 15

7.- Ibidem. pág. 86

8.- Kelsen, Hans pág. 136 cit. en "Normas jurídicas y Análisis Lógico" Edit. Centro de Estudios Constitucionales Madrid 1978.

9.- Kelsen, Hans pág. 201 op. cit.

10.- Ibidem. págs. 208 y 209

11.- Ibidem. pág. 220-223

12.- Ibidem. pág. 223

13.- Ibidem. pág. 224

14.- Ibidem. pág. 350

15.- Ibidem. pág. 359

16.- Ibidem. pág. 353

17.- Ibidem. pág. 354

18.- Ibidem. pág. 255

19.- Ibidem. pág. 256

- 20.- Ibidem. pág. 256
- 21.- Ibidem. pág. 349
- 22.- Ibidem. pág. 354
- 23.- Gardella, Juan Carlos pág. 23 "Sobre la epistemología jurídica" en "Introducción a la Epistemología del Derecho" Edit. Dirección Publicaciones Universidad Nacional de Rosario 1978.
- 24.- Ibidem. pág. 31
- 25.- Ibidem. pág. 24
- 26.- Ibidem. pág. 34
- 27.- Ibidem. pág. 35
- 28.- Ibidem. pág. 35
- 29.- Kelsen, Hans. pág.355 op. cit.
- 30.- Larenz, Karl pág. 96 "Metodología de la Ciencia del Derecho". Edit. Ariel Barcelona 1966
- 31.- Gardella, Juan Carlos Op. cit. pág. 34
- 32.- Ibidem. pág. 35
- 33.- Ibidem. pág. 40
- 34.- Ibidem. pág. 41
- 35.- Ibidem. pág. 41

BIBLIOGRAFIA

Bobbio, Norberto y Bovero, Michelangelo. "Origen y fundamento del poder político" Editorial Grijalbo S.A. 3ra. edición. Traducción de José Fernández Santillán. Méjico 1985.

Cardozo, Ciro F.S. "Introducción al trabajo de la investigación histórica" Editorial Crítica Grupo Editorial Grijalbo S.A. 3ra. edición. Barcelona 1985.

Díaz, Elías. "De la maldad estatal y la soberanía popular" Editorial Debate 1ra. edición Madrid 1984.

Gardella, Juan Carlos, Díaz Molano, Luis y Vazquéz, Héctor. "Introducción a la Epistemología del Derecho 2". Edit. Dirección de Publicaciones Universidad Nacional de Rosario. Rosario 1988.

Instituto Hans Kelsen "Teoría Pura del Derecho y Teoría Marxista del Derecho" Edit. Temis S.A. Traducción Ernesto Volkening. Bogotá 1984.

Kelsen, Hans, Klug Ulrich. "Normas jurídicas y análisis lógico" Centro de Estudios Constitucionales. Traducción Juan Carlos Gardella. Madrid 1978.

Kelsen, Hans. "Teoría General del Derecho y del Estado" Editorial Universidad Nacional Autónoma de México. 3ra. edición. Traducción Eduardo García Máinez. México 1969.

Kelsen, Hans. "Teoría Pura del Derecho" Edit. Universidad Nacional Autónoma de México. 1ra. edición en español. Traducción Roberto J. Vernengo. México 1979.

Larenz, Karl. "Metodología de la Ciencia del Derecho" Edit. Ariel S.A. Traducción Enrique Gimbernat Ordeig. Barcelona 1966.