

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL 2007

PONENCIAS EN
SANTIAGO II

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL / Nº 25 / 2007



SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



ANUARIO DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL
2007

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL
ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL Nº 25
2007

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de las Facultades de Derecho de las Universidades Adolfo Ibáñez, Católica del Norte, Católica de Temuco, Católica de Valparaíso, Católica de la Santísima Concepción, de Antofagasta, de Concepción, de Los Andes, de Chile, Diego Portales, del Mar y La República.

Especial mención cabe hacer a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, en cuyo taller de imprenta, "Edeval" se llevó a cabo la impresión de este volumen.

©

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

I. S. B. N. — 0170 — 17881

Diseño Gráfico: Allan Browne Escobar

Impreso en EDEVAL
Errázuriz 2120 - Valparaíso
E-mail: edeval@uv.cl

ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL

2007

PONENCIAS EN SANTIAGO II

SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO
(2006 - 2008)

Fernando Atria, Antonio Bascuñán Valdés,
Rodrigo Coloma, Jesús Escandón Alomar, Joaquín
García-Huidobro Correa, Fernando Quintana
Bravo, Pablo Ruiz-Tagle, Agustín Squella Narducci,
y Aldo Valle Acevedo.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social
tiene su domicilio en la ciudad de Valparaíso. La
correspondencia puede ser dirigida a la casilla 3325,
Correo 3, Valparaíso, o al correo electrónico
asquella@vtr.net

PRESENTACIÓN

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social presenta el número 25 de su *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, correspondiente a 2007, el cual contiene la totalidad de las ponencias hechas en comisiones con ocasión de la Segunda Jornada Chileno Argentina de Filosofía Jurídica y Social. Las ponencias se presentan según orden alfabético de sus autores.

Dicha Jornada tuvo lugar en 2006, en la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, y fue precedida, en 2004, por la Primera Jornada Argentino Chilena de Filosofía Jurídica y Social, que tuvo lugar en la Universidad de Buenos Aires.

El número 24 de nuestro *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, correspondiente a 2006, reprodujo la ponencia inaugural de la mencionada primera Jornada, así como las 12 ponencias que fueron hechas en sus sesiones plenarias. En ese mismo número 24 se contienen las nuevas normas editoriales del Anuario.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social agradece a la Universidad Diego Portales por haber acogido la Jornada cuyas ponencias se presentan en este volumen. Agradece, asimismo, a las facultades de derecho del país que colaboraron con el presente número de nuestro Anuario, en especial a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, en cuyo taller de imprenta, *Edeval*, fue impresa esta obra.

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

PONENCIAS EN COMISIONES

EL TRABAJO ROMANÍSTICO-FILOSÓFICO
DE WALDSTEIN: SU CRÍTICA A LA
“FALACIA NATURALISTA” Y SU
EXPOSICIÓN DE UN “SEGUNDO
TIPO DE FALACIA NATURALISTA” *

PATRICIO I. CARVAJAL RAMÍREZ **

Dice Waldstein:

«Hans Kelsen ha introducido, efectivamente, la definición fundamental del dualismo entre ser y deber ser en su obra más importante, la *“Reine Rechtslehre”*. Afirma en estas páginas: “Ninguno puede negar que la afirmación ‘tal cosa es’ —esta es una afirmación con la cual la realidad del ser viene descrita— es fundamentalmente distinta de la afirmación de que ‘tal cosa debe ser’ —esta es una afirmación a través

* He realizado la traducción de un “corso di lezioni” ofrecido por el profesor austriaco, Wolfgang Waldstein, en la Pontificia Universidad Lateranense de Roma y que, hace muy poco, ha repetido en la Pontificia Universidad Católica de Chile.

Desde mi modesto papel de traductor, he considerado interesante dar cuenta de este trabajo, cuya versión en castellano aún está en prensa. Por eso, desde ya advierto que no soy autor de las líneas que siguen, sino sólo un “transliterador” de diversos párrafos tomados de aquí y allá: todo el mérito es del profesor Waldstein.

** Profesor Dr. Pontificia Universidad Católica de Chile.

de la cual se describe una norma y que no se puede conseguir desde el hecho de que tal cosa es—¹. Kelsen aporta a esto la siguiente fundamentación: “La diferencia entre ser y deber ser no puede explicarse ulteriormente: es dada inmediatamente a nuestra conciencia”². Si Kelsen parte de la concepción de que ninguno “puede negar que la afirmación de que ‘tal cosa es’ —esta es una afirmación a través de la cual viene descrita la realidad del ser— es fundamentalmente distinta de la afirmación de que ‘tal cosa debe ser’”, entonces sólo se puede decir: en efecto, ¿quién podría negar esto? Hasta aquí se trata de una afirmación cuya certeza es evidente y obviamente no puede ser negada. Si Kelsen mismo dice: “La diferencia entre ser y deber ser no puede explicarse ulteriormente y más bien es dada inmediatamente a nuestra conciencia”, entonces se entiende, según parece, que este caso no puede ser percibido en su realidad y fundado sino a través de la intuición; y en esto Kelsen tiene indudablemente la razón. La intuición (en Aristóteles *ai*)/s*h*sij o, también, *nou=j*), en este estado de cosas es, en efecto, el único camino para comprenderlo. Requerir para la certeza de esta afirmación una ulterior prueba sólo podría ser calificado como falta de formación filosófica, como ya Aristóteles ha reconocido³. Hasta aquí indudablemente podemos seguir a Kelsen. Por desgracia, no es superfluo constatar que este no es el único caso de lo que es dado inmediatamente a nuestra conciencia. A la inversa, no todo aquello por lo que viene afirmada la posibilidad de la intuición es efectivamente “intuible”. Ya la frase explicativa particular respecto de la afirmación de que tal cosa debe ser, como enunciación totalmente distinta de la afirmación relativa al ser, esto es, la frase “esta es una afirmación con la cual viene descrita una norma”, no está igualmente cubierta de “intuibilidad” como la frase precedente; es, más bien, incierta y ambivalente, y está sometida a la “intuibilidad” de la frase precedente. Una norma no viene pro-

1. *Reine Rechtslehre* 5; la aplicación de este principio a la doctrina iusnaturalista sobretodo ivi 405.
2. *Reine Rechtslehre* 5.
3. *Metaph.* 4, 4; 1006 ff, al respecto § 4 III 3.

piamente descrita sólo a través de una afirmación, que tal cosa debe ser. Si se describe una norma, entonces al contrario más bien se deberá preguntar por la existencia y la validez de la norma misma⁴. Sólo si es seguro que una norma es válida puede ulteriormente ser afirmado que esta norma establece igualmente un dado deber ser. Naturalmente, también la descripción de normas que ya no están en vigor puede ser sensata en el ámbito de una investigación histórica, pero entonces se trata de una descripción de normas que una vez estuvieron en vigor, del mismo modo que uno puede describir unas realidades del ser las cuales una vez, del punto de vista histórico, habían existido. La pregunta de si una norma existe, y esto es si ella está en vigor o no está en vigor o, también, si lo ha estado, no es una pregunta del deber ser, sino una pregunta del ser. No se pregunta, en este contexto, si una determinada norma “debe estar” en vigor, sino, por el contrario, si una norma determinada “está” en vigor, desde cuyo contenido resultaría un deber ser. Esta realidad puede ser difícilmente negada, como la diferencia puesta de relieve por Kelsen entre afirmación de ser y afirmación de deber ser⁵. Si, sin embargo, debiera ser negada no obstante esto, ello llevaría necesariamente a la consecuencia de que las normas no existen. Esto ha sido expuesto de forma convincente por Ernst Wolff, en su investigación sobre el concepto de “ley”⁶. Si a pesar de todo resulta que las normas no existen, entonces no pueden transformarse en ningún caso en objeto de

4. Kelsen mismo, *Reine Rechtslehre* 9 ss., define la validez y la existencia misma de una norma; ulteriores reenvíos, Waldstein, W: *Entscheidungsgrundlagen der klassischen römischen Juristen*, en: *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt* (cit. en lo sucesivo: ANRW), *Geschichte und Kultur Roms im Spiegel der neuen Forschung*, coordinado por Hildegard Temporini y Wolfgang Haase, II (Pincipat) Bd. 15, Berlin/New York 1976, 13 ss., con las notas 34 ss.

5. Esto ha sido puesto en evidencia por el propio Kelsen, después de lanzar sus afirmaciones en la “*Reinen Rechtslehre*” y a manera de corrección de las mismas en un ensayo muy notable sobre “*Recht und Logik*”, en: *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, ed. por H. Klecatsky, R. Marcic, H. Schambeck, 2 (Wien 1968), 1469 ss., sobre todo 1471 ss. (en lo sucesivo citado con la abreviación: *Logik*).

6. FG v. Lübtow (Berlin 1970), 109 ss., sobre el problema sobre todo 120 ss. y 128 ss.

una ciencia apta para describir estas normas. No importa si uno las entiende como "sentido objetivo" de un acto de voluntad, o de alguna otra forma; lo que ocurriría es que, en definitiva, la jurisprudencia en realidad no tendría ningún objeto y, asimismo, aquéllos que pretenden indagar en el derecho positivo como su objeto, se ocuparían de una cosa que en realidad no existe».

«Prescindiendo de esto, en la argumentación kelseniana... se hace evidente una falacia naturalista de tipo diverso de aquel entendido por Hume, Moore y Fuchs. Se trata de la deducción desde la naturaleza empírico material de la *inexistencia* en la naturaleza, en línea de principio, de *realidades ideales y espirituales*. Esto comporta la equiparación de la naturaleza al concepto positivista de *realidad*, del cual hace ya tiempo se ha reconocido que "es demasiado restringido"; como también se ha reconocido que "el concepto positivista de *ciencia*..., al menos para todo el grupo de las ciencias tanto históricas como aquellas del espíritu, es igualmente insuficiente"⁸».

De otro lado: «Klug parte inicialmente desde el concepto de que "la idea de que se está autorizado y es posible deducir desde el ser el deber ser ha sido representada por la filosofía del derecho de los tiempos modernos de forma muy diversa"⁹. Aporta al respecto diez "tesis", a las cuales se debe hacer referencia en el ámbito de la fundamentación de la posibilidad de deducir "desde el ser al deber ser, desde el ser a la norma". Antes de discutir las tesis adoptadas por Klug, es necesario hacer notar que éste, definiendo su posición de partida, sostiene dos afirmaciones completamente distintas. Presupone que la deducción del ser al deber ser tiene el mismo significado que la deducción del ser a la norma; pero esta definición simplemente tiene un significado más amplio desde el punto de vista lógico. En la definición desde el ser a la norma está implícito, tácitamente, que las normas no pueden ser parte del ser. Se habla, en consecuencia, en un sentido más restringido del ser, esto es, de un ser sin contenido normativo. Y querer deducir desde

7. Así, Kelsen, *Reine Rechtslehre* 2.

8. Cfr. Larenz, K.: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 61991, 117; *Storia* 173.

9. *Law* 155.

un ser sin contenido normativo unas normas será en efecto bien imposible; ecuación con la cual Klug piensa poder evitar la prueba de que no existe un ser con contenido normativo. Sin embargo, justamente la prueba de esta premisa sería esencial. Como ya hemos visto, una prueba tal no podría ser efectuada con los medios de la lógica y sería imposible desde el principio. Por ello, los sucesivos razonamientos de Klug parten ya desde el inicio de premisas no probadas ni probables. Simplemente por este hecho, los resultados no pueden ser apropiados porque se comienza desde premisas sencillamente falsas, incluso si sus sucesivas deducciones parecieran adecuadas en manera absoluta desde el punto de vista lógico-formal».

Después de dar cuenta de las diez tesis con que las llamadas realidades normativas deberían fundarse en la naturaleza: «Klug continúa diciendo que "lo que tienen en común estas afirmaciones similares reside, no obstante un uso lingüístico indiferenciado e impreciso, en la afirmación de que se puede deducir desde las afirmaciones referidas el ser afirmaciones referidas al deber ser. Esto se entiende con la definición, muy común y breve, de la deducción desde el ser al deber ser". Añade después: "Desde el punto de vista psicológico es comprensible que se sostenga esta afirmación que se refiere a la incerteza del principio del conocimiento del derecho y, como resultado de ello, a la necesidad de probar sus bases. Desde el punto de vista lógico, la tesis en cuestión no puede ser defendida"¹⁰». «El argumento lógico que allí se aduce, que una deducción desde un ser a un deber ser "no puede ser defendida", "se puede hacer ya evidente sin los medios puestos a disposición por la lógica matemática, dándose cuenta de lo siguiente: desde una pluralidad infinitamente pensada de premisas que no contienen algún principio de deber ser no podrá jamás ser deducido un principio de deber ser. Por el contrario, sería posible que en una frase final pudiese aparecer una cualidad, y esto es el deber ser de una cosa, que no aparecería en las premisas"¹¹».

10. *Law* 155.

11. *Law* 155 f.

¿esto, Waldstein responde: «Yo concedo con gusto que desde una premisa que no contiene un principio de deber ser no puede ser deducido un principio de deber ser. Pero a partir de esto no se consigue, en modo alguno, que no puedan existir unas afirmaciones relativas al ser de las normas, las cuales describen un ser al cual es inmanente un contenido normativo».

«Sin embargo, para proponer en parte este argumento, Klug explica: “Una de las razones para la confusión frecuentemente advertida en el análisis de la relación entre ser y deber ser, debe buscarse en el hecho de que generalmente, de manera metalingüística, sin cometer un error formal, se puede hablar del ser del deber ser”. “En una metalengua, esto es, una lengua en la que se habla de otra lengua, la llamada ‘lengua del objeto’, se podría, en una forma de frases relativas al ser, hablar desde el punto de vista del objeto lingüístico de frases de deber ser”¹². Esto, sin embargo, requiere que las normas puedan ser entendidas sólo como afirmaciones lingüísticas que actúen, en consecuencia, como objeto de la lengua. Si se asume esto, entonces de aquí deriva de manera estricta que las normas como tales no existen. Y entonces, sin embargo, ni siquiera los derechos como tales pueden existir, porque ellos son *res incorporales*. Si alguno tiene un derecho de propiedad —una servidumbre, un derecho hereditario o, también, una obligación—, los tiene a su disposición solamente en los términos de la “lengua objetiva” que se forma de manera metalingüística. Pero, por esta razón, no sólo la jurisprudencia no habría tenido realmente algún objeto. En verdad, ni siquiera un solo hombre habría tenido objetivamente algún derecho que existiera como tal: los hombres sólo podrían tener la ilusión de tener los derechos. La jurisprudencia erigiría unas frases de deber ser, desde el punto de vista metalingüístico objetivo, que tendrían por propósito un objeto ficticio, porque los derechos que sólo podrían fundar un deber ser como tal, en verdad no existen. ¡Y con tales derechos no existentes, sin embargo, existiría desde hace milenios una vida jurídica realmente muy vivaz! Los derechos son adquiridos, entregados, dados en herencia, defendidos, perdidos, duramente disputados. ¡Y todo esto sería sólo un juego, con una metalengua, jugado

12. Law 168, destacado por mí.

con unas frases objetivas, desde el punto de vista lingüístico, pero frecuentemente a un gran costo, un juego muy caro! Aquí se hace claro cómo una lógica que se declara autónoma puede llevar a resultados lejanos de la realidad».

«Quisiera, sin embargo, retornar a la idea psicológica de Klug, según el cual sostener la afirmación que desde afirmaciones relativas al ser se pueden deducir formulaciones relativas al deber ser, sería el resultado de la necesidad de encontrar las “bases”. Si Klug encuentra comprensible esta necesidad, no ha entendido nada acerca de las reales intenciones desde los tiempos de la Antigüedad; esto es: que en el centro se encuentra el conocimiento de la verdad. Imputar a quien quisiera conocer el ser como es sólo una necesidad de buscar un sustento en el ámbito de una discusión que quiere parecer científica, descalifica a aquél que lo hace, en circunstancias que él mismo se apoya sobre estas ideas».

«Se ha hecho notar muchas veces que personas que tienen una capacidad reducida en relación a un conocimiento material gustan de buscar refugio en una seguridad formal¹³. Hacer de las leyes lógicas la medida de aquello que podría ser y de aquello que no podría ser, no solamente es insostenible desde el punto de vista lógico, sino que es una estupidez. Esto ha sido aclarado por el propio Kelsen en sus afirmaciones sobre la relación entre lógica y ciencia material. Él dice: “Que no es la lógica sino la ciencia material la que debe constatar si una afirmación es verdadera o no, es obvio”. En una nota, Kelsen dirige unas palabras críticas en relación a Ulrich Klug: “A partir de esto, no deriva que la lógica no tenga nada que ver con la verdad o con la no verdad ni tampoco, como afirma Ulrich Klug en la *Juristische Logik [Lógica Jurídica]*¹⁴, que es indiferente para las reglas de la lógica si uno

13. Esto ha sido puesto en evidencia por O. Gigon (Bern) en una conferencia dictada en Salzburgo sobre “*Die philosophischen Grundlagen der philologischen Arbeit*” (1971), publicado en *Salzburger Jahrbuch der Philosophie XV/XVI* (1971-1972), 285 ss., las afirmaciones más importantes ivi 293 y 297, pero sin las observaciones realizadas en la propia conferencia; además, lo mismo en, *Die antike Philosophie als Maßstab und Realität* (Zürich 1977), en particular 53 ss.

14. Kelsen cita aquí: “2. Aufl., Berlin-Göttingen-Heidelberg 1958, S. 23”.

habla de afirmaciones verdaderas o exactas, ya que las reglas de la lógica pueden ser también usadas en relación a unas frases inexactas". Kelsen continúa: "Esta última afirmación es exacta, pero la lógica dice relación con los principios en cuestión: De dos afirmaciones que se encuentran en contradicción la una con la otra, sólo una puede ser verdadera, y si la una es verdadera la otra debe ser no verdadera; y: si las premisas son verdaderas, entonces la frase implícita en ellas es verdadera como consecuencia. Por esto, la lógica puede afirmar: Si es verdadero que todos los hombres son inmortales, entonces no es verdadero que el hombre Sócrates es mortal. O, también: Si es verdadero que todos los hombres son inmortales, entonces es verdadero que el hombre Sócrates es inmortal. Solamente de esta forma, anteponiendo las palabras 'si es verdadero que...' la lógica puede ser usada también en relación a unas frases que según la ciencia son no verdaderas". Enseguida, Kelsen afirma de manera categórica, y en esto lo puedo seguir plenamente: "No se puede ignorar que la lógica debe servir a la ciencia y que la ciencia tiene como fin el verdadero conocimiento"¹⁵.

«No se puede más que estar agradecido por estas afirmaciones de Kelsen. Testimonian el gran *ethos* de este estudioso. Por este motivo, es tanto más trágico que, no obstante las premisas positivas, no podía llegar a la verdad, la cual ha sido reconocida desde los tiempos de la Antigüedad y representa todavía los fundamentos de nuestros ordenamientos jurídicos. En lo que se refiere a las afirmaciones de Klug, uno no puede sino asombrarse pensando a cuáles resultados puede llegar un estudioso tan agudo como Ulrich Klug, si de un momento a otro la lógica es elevada a medida de la realidad conocible. La pregunta sobre la existencia o la no existencia de normas es indudablemente una pregunta que no pertenece a la lógica, sino una pregunta del ser. Y en relación a esta pregunta son posibles unas afirmaciones verdaderas o falsas. Y se puede afirmar "si es verdadero que existen unas normas, entonces no es verdadero que no existe un ser con contenido normativo"».

«La justificación lógico-formal de la crítica a la pseudo-deducción desde el ser al deber ser, no ha llevado a más que al conocimiento,

15. *Logik* 1470 y *ivi* n. 2.

de por sí evidente, de que, en base a las reglas de la lógica afirmativa, desde premisas que no contienen afirmaciones relativas al deber ser, no puede ser deducido un deber ser. No ha podido, sin embargo, aducir nada en prueba de su hipótesis de que no existe algún ser con contenido normativo respecto del cual afirmaciones de tal género serían posibles. La afirmación del ser contiene ya una premisa del deber ser, como por ejemplo, en la afirmación de la norma: "En todo caso, quien ha inducido a la celebración de un contrato con dolo o con intimidación injustificada, deberá responder de las consecuencias negativas", como se afirma en el § 874 del ABGB austriaco. La afirmación sobre la validez de esta norma es una afirmación relativa al ser, que puede ser verdadera o falsa. Si ésta es verdadera, puede ser deducida de ella el deber ser para un caso específico. Si, sin embargo, existe en principio un ser de contenido normativo, entonces la pregunta de dónde esto se puede encontrar, no es a su vez una pregunta lógica, sino una pregunta relativa al ser. Encontrar unas afirmaciones verdaderas sobre la realidad es frecuentemente una empresa fatigosa. Las razones para la falibilidad humana son múltiples y ya han sido reconocidas claramente en la Antigüedad. No obstante esto, la aspiración de conocer la verdad permanece en el propósito de todo trabajo científico, como ha sido subrayado también por Kelsen. Para este *ethos* específico, Kelsen mismo ha dado un ejemplo excelente».

«Al final de sus declaraciones, Ulrich Klug afirma que siempre se habla, de forma extremadamente emotiva, de una separación demasiado neta entre deber ser y ser¹⁶. Define como una "curiosidad de la historia del intelecto que, no obstante la aceptación en todo el mundo de Kelsen y de su 'Reine Rechtslehre', continúa el sueño jurídico de una deducción del deber ser desde el ser"¹⁷. A todos aquellos que continúan hablando de una neta división entre deber ser y ser —yo, de otro lado, no formo parte de este grupo porque reconozco el ser de normas y, por ello, no tengo motivo alguno para defender similar construcción—, o pone un argumento que parece creer definitivo; y dice: "En el fondo,

16. *Law* 168.

17. *Law* 154.

no es distinto de si se debiera hablar de una separación neta entre triángulo y cuadrilátero¹⁸. Klug, sin embargo, no cae en cuenta de que no afirma la separación entre triángulos y cuadriláteros, sino que él afirma, más bien —para permanecer en la metáfora—: que sí existen triángulos desde cuya esencia son posibles luego ulteriores deducciones, como por ejemplo que la suma de sus ángulos es ciento ochenta grados; pero que, al contrario, los cuadriláteros no existen. Mientras que respecto de los triángulos serían posibles unas afirmaciones relativas al ser, se podría hablar sobre los cuadriláteros sólo en el sentido de que afirmaciones sobre los cuadriláteros deberían ser entendidas como lenguaje del objeto de una metalengua. Tal afirmación no se puede justificar con ningún truco mágico¹⁹ de la lógica formal, es simplemente absurda. La pregunta de si cuadriláteros o triángulos existen, y qué es lo que en verdad los separa, no es una pregunta lógica sino una pregunta por el ser. La diferencia entre los dos no es una diferencia lógica, sino que depende de la específica estructura del ser de la respectiva realidad. En base a la particularidad estructural de un ser, el hombre dotado de razón puede, gracias a su capacidad cognitiva, reconocer aquello que deriva del correspondiente ser, de triángulos como de cuadriláteros, de un ser no normativo como de un ser normativo».

«Sería muy importante destacar cuántas premisas no admitidas, o, también, admitidas de forma inconsciente, están en la base del análisis de Klug. Todas son traídas de diversas corrientes filosóficas de nuestros tiempos. Derivan sobre todo del positivismo y del neokantismo²⁰. Específicamente, se trata de las siguientes premisas: a los valores no corresponde ni una objetividad intersubjetiva ni suprasubjetiva; la única forma racional de fundamentación es la deducción lógica; y, la intui-

18. Law 168.

19. En Law 160, Klug habla del "artificio mágico de la creación del deber ser desde el ser".

20. Esto ya ha sido expuesto por Leiminger, K.: *Die Problematik der Reinen Rechtslehre*, Forschungen aus Staat und Recht 3 (Wien-New York 1967) 24 ss. Sus afirmaciones fueron confirmadas por Schild, W.: *Die zwei Systeme der Reinen Rechtslehre, Eine Kelsen-Interpretation*, Wiener Jahrbuch für Philosophie 4 (1971) 155 ss., lo que aquí se refiere a Kelsen mayoritariamente vale también para Klug.

ción sería una analogía lírica del término teológico de la revelación²¹. Debe ser vista como una ironía particular que precisamente la diferencia, entendida también como elemento fundante por parte de Klug, de ser y deber ser de Kelsen, pueda basarse, y con razón, solamente en un hecho que puede ser entendido de manera inmediata. El mismo Kelsen dice, como ya se ha visto: "La diferencia entre ser y deber ser no puede ser explicada ulteriormente y es dada inmediatamente a nuestra conciencia". Ahora Kelsen mismo acepta expresamente el papel de la intuición allí donde ésta tiene un lugar en el ámbito de las propias concepciones. En el trabajo "*Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft*", o sea, la jurisprudencia como ciencia de la norma o de la cultura, aparecido aun antes de la primera edición de la "*Reine Rechtslehre*", en el año 1916, dice al respecto: "Por último, el análisis del carácter de deber ser del derecho no puede ser probado de forma lógica. Debe ser concedido, sin más, que la raíz más profunda de esta concepción aquí como siempre se basa sobre la visión intuitiva"²². No obstante esto, Kelsen niega la posibilidad de un tal conocimiento para el contenido de las normas, sin que, por otro lado, pueda dar un fundamento para ello. Lo uno puede ser concebido de manera intuitiva, lo otro no; y simplemente porque lo otro no puede existir según el concepto científico presupuesto. Para los positivistas permanece sin solucionar el problema de que el conocimiento es posible en todos los tiempos, y que todo esto puede también ser reconocido, hoy, por el legislador...».

«El derecho natural siempre fue visto como una realidad espiritual independiente de la razón humana, pero reconocible para ésta por medio de la razón. Por este motivo, en el todavía hoy válido § 16 ABGB se puede leer: "Todo hombre tiene los derechos innatos ya evidentes gracias a la razón". Estos "derechos innatos" no pueden ser tales "que nacen directamente desde la naturaleza humana"²³, sino en cambio

21. Así, Klug, Law 162.

22. V. Die Wiener rechtstheorie Schule I (1968) 79.

23. Como dice Hervada, J.: *Introduzione critica al diritto naturale*, Milano 1990, 158.

aquéllos de los cuales la naturaleza humana participa necesariamente».

«El § 7 dice: “Si un caso jurídico no puede ser resuelto ni en base a las palabras ni en base al significado natural de una ley, entonces deben ser tomados en consideración casos similares resueltos en las leyes y las razones de leyes similares; si un caso jurídico todavía permaneciese en duda, considerando todas las circunstancias cuidadosamente reunidas y discutidas, entonces debe ser decidido en base a los principios naturales del derecho.”». «La Corte Suprema austriaca también ha reconocido recientemente la validez de los “principios naturales del derecho” y, en consecuencia, los ha aplicado. En una sentencia del 3 de julio de 1975 se habla en conexión con el “principio natural de derecho, que afirma que ninguno debe gozar de ventajas jurídicas provenientes del propio dolo”, del cual se agrega que es “una jurisprudencia firme de la Corte Suprema en los tiempos recientes”²⁴. En la primera instancia, para resumir las premisas principales de la decisión (*Leitsatz*, criterio de máxima), contenida en la sentencia del 7 de octubre de 1974, se afirma, en relación con la ley de promulgación del ABGB donde son mencionados los “principios naturales de la justicia” como fundamentos de las leyes civiles: “Estos se encuentran en situación de infringir, incluso, la norma escrita”²⁵. «Es claro que aquí los “principios naturales del derecho”, importantes de manera inmediata y decisiva para el caso concreto, están al nivel de normas objetivas tal como las normas vigentes del derecho positivo».

Retomando las ideas kelsenianas, el autor indica que: «(l)a afirmación de Kelsen, que a causa de este reenvío de la ley a tales normas éstas se transformaban en normas del derecho positivo²⁶, es muy desconcertante, precisamente, si se considera la afirmación en orden a su no-existencia. Normas que no existen pueden, en consecuencia, transformarse en normas de derecho positivo. La evidente no-lógica de este

24. SZ 48/79 (1975) p. 428.

25. SZ 47/104 (1974) p. 460; v. también SZ 48/67 p. 333.

26. *Reine Rechtslehre* 351.

concepto demuestra el dilema de las premisas positivistas. Y ahora, de forma aún más vigorosa, las consecuencias extraídas desde estas posiciones se hacen reconocibles en Kurt Ringhofer, mi colega de Facultad, adepto a la “*Reine Rechtslehre*” y ahora también miembro y Vicepresidente de la Corte Constitucional Austriaca. Sobre el reenvío de la ley a los “principios naturales del derecho”, afirma: “Esto que se señala de esta forma en esta norma es una razón reconocible de su validez, pero no un contenido reconocible”²⁷. Un representante de la “*Reine Rechtslehre*”, el cual sostiene que es posible juzgar el derecho positivo como objeto de su labor científica, es capaz de pretender que el legislador ha concedido a la norma una razón de existencia al ponerla obligatoriamente en vigor, incluso sin tener ningún contenido reconocible. ¿Cómo podría entonces el juez llevar a cabo su función de juzgar de acuerdo a la ley?». «Por este motivo, Franz Bydlinski ha destacado, con razón, que el reenvío de las leyes a tales normas presupone evidentemente su existencia y su reconocibilidad. Afirma, después, que las cuestiones relativas al § 7 del ABGB “demuestra cómo es imposible y al mismo tiempo contrario al derecho elevar sólo el derecho positivo, en el sentido de la ‘Reine Rechtslehre’, a objeto de la ciencia jurídica”²⁸».

«La existencia de normas de por sí ha sido asumida por Kelsen solamente para el derecho positivo. Es difícil la pregunta en caso de normas que no han sido creadas por el hombre...». «En primer lugar, Kelsen desarrolla su argumentación desde la premisa de que las normas son siempre “expresiones de un acto de voluntad”. Consiguientemente, continúa: “En esto se encuentra su *positividad*. Y solamente normas positivas, normas que son *puestas* desde actos de voluntad humana, desde legislaciones, costumbres o tratados, pueden ser consideradas desde una ética entendida como ciencia y desde una ciencia del derecho”²⁹. Y luego: “Ahora, tal vez se pueda admitir que no necesaria-

27. FS für H. Kelsen zum 90. Geburtstag (Wien 1971) 209 f.

28. Bydlinski, F.: *Gesetzeslücke, § 7 ABGB und die “Reine Rechtslehre”*, en GS Gschnitzer 112.

29. *Logik* 1473.

mente las normas deben ser expresiones de actos de voluntad *humana*. Pero en ningún caso es admisible que existan normas que no sean expresiones de un acto de voluntad; aunque no se trate precisamente de un acto de voluntad humana. A una naturaleza a la que son inmanentes unas normas, también debe ser inmanente una voluntad, cuya expresión es representada por estas normas. Pero ¿de dónde debería provenir tal voluntad en la naturaleza que, del punto de vista del conocimiento empírico-racional, es un conjunto de objetos reales vinculados entre sí como causa y efecto? Una voluntad en la naturaleza... no podría otra cosa más que ser "la voluntad de Dios en la naturaleza creada por Él"³⁰. En otra contribución, Kelsen dice que elementos normativos de la naturaleza, y en particular un derecho natural, podrían ser admitidos sólo en base al presupuesto de la fe "en una divinidad justa". Dado, sin embargo, que él "cree no poder aceptar tal presupuesto", declara "no poder tampoco admitir sus consecuencias"³¹. Vale decir: ya que Kelsen no podía creer en el presupuesto de un derecho natural, esto es, en Dios, ha declarado no poder admitir el derecho natural. Desde el punto de vista de un positivista es, sin más, consecuente; sólo que Kelsen evidentemente no se había percatado de otras consecuencias de su posición».

«...(E)s digno de destacar que a las cuestiones sobre la existencia o no de un dato no se puede responder a través de la cuestión relativa al presupuesto lógico para su existencia; sobre todo, cuando este dato se considera, como tal, innegable al conocimiento humano³². He observado muchas veces que lo propuesto por Kelsen no es otra cosa más que

30. *Logik* 1474.

31. Kelsen, H.: *Die Grundlage der Naturrechtslehre*, en: *Österr. Zeitschr. f. öffentl. Recht* 13 (1964) 1 (= *Das Naturrecht in der politischen Theorie. Internationales Forschungszentrum für Grundfrage der Wissenschaften in Salzburg. Erstes Forschungsgespräch*, coordinado por Franz-Martin Schmölz, Wien 1963). *Ibid.* 2 y ss., se encuentran consideraciones similares a las ya presentadas en *Logik* 1473 ss.

32. Cfr. Waldstein, W.: *Elementi "pre-positivi" dell'ordinamento nel diritto romano*, en: *Diritto e storia. L'esperienza giuridica di Roma attraverso le riflessioni di antichisti e iusromanisti contemporanei*. Antologia, a cargo de A. Corbino, Padova 1995, 366.

un sofisma. Ya ha sido reconocido por Aristóteles que todo ser contingente conduce, por necesidad lógica, a una causa primera no contingente que siempre es inteligible. De lo contrario, el conocer se encontraría frente a un regreso infinito que conduciría a la eliminación, en línea de principio, de la posibilidad de cualquier conocimiento; también del "conocimiento empírico-racional"³³».

Waldstein destaca: «...Además, aquí quisiera poner en particular evidencia el hecho de que el propio Kelsen, a tarda edad, pudo retornar sobre un punto relevante de su opinión precedente. Ha propuesto tal revisión en 1965, a la edad de 84 años, en una contribución sobre el problema de "derecho y lógica"³⁴, donde desarrollaba, entre otras cosas, la siguiente tesis: "Verdad y falsedad son propiedades de una aserción, pero la validez no es propiedad de una norma, sino su existencia, su específica, ideal existencia"³⁵. Así, Kelsen admite expresamente también que una realidad ideal, un ser ideal, es, primero, un ser ideal dotado de valor normativo. Si Klug sostiene que "las normas pueden derivar siempre sólo de las normas"³⁶, con esto mismo presupone la real existencia de normas. De hecho, desde las normas inexistentes no podrían ni "siempre" ni nunca derivar (otras) normas».

«Si en línea de principio pueden haber normas existentes idealmente, y sin duda las hay, el problema de ver dónde éstas efectivamente existen ya no es un problema de lógica. Kelsen, en efecto, pudo proceder contra la posibilidad de la existencia de normas de derecho natural no sólo mediante argumentos lógicos. Y en su argumentación se hace evidente un tipo ulterior de falacia naturalista, que no había sido considerado hasta ahora».

«En su trabajo, ya mencionado en varias ocasiones, sobre el derecho y la lógica, Kelsen ha podido... aportar una corrección funda-

33. Cfr. *Arist. metaph.* 2, 2; 994 b 16-30. Al respecto, ampliamente, Waldstein, ANRW II 15, 23 ss.

34. Kelsen, *Logik* 1469-1497.

35. *Logik* 1472.

36. V. Klug, *Law* 154.

mental respecto de su concepción sobre la norma. Esta investigación no estuvo a disposición de Ulrich Klug cuando publicó su contribución el año 1964. Kelsen pone de relieve en el curso de su trabajo, entre otras cosas, que la verdad y la no verdad son cualidad de una afirmación, la validez, sin embargo, no es una cualidad de la norma, sino su existencia, su existencia específica ideal, y continúa diciendo: "El hecho de que una norma es válida quiere decir que ésta existe. El hecho de que una norma no es válida significa que ésta no existe. Una norma que no es válida es por ello una norma no existente, y por ello no es una norma. Pero una afirmación no verdadera es igualmente una afirmación"³⁷. Sobre esta noción se basa un ulterior análisis de la relación entre norma y lógica. Es capaz de ver en todo esto, que una posible contradicción entre el contenido de las normas no tiene como consecuencia la imposibilidad de la existencia de normas que se contradigan la una a la otra. Aquí, precisamente, la máxima de la contradicción no vale. Más bien, en este caso se nos pone, ante todo, frente a un conflicto normativo, el cual no podrá ser evitado a través de los medios lógicos, a la par, por ejemplo y para decirlo de algún modo, de un choque entre dos trenes³⁸. Si este choque se avecina, entonces es una realidad incluso si la lógica ferroviaria estuviera en contradicción con el hecho de que dos trenes se encuentren sobre el mismo riel».

«Estas nociones de Kelsen tienen un muy amplio alcance, por cuanto anteriormente había proporcionado, como uno de los argumentos contra el derecho natural, la imposibilidad de la validez de una norma de derecho natural que se encontrase en contradicción con el derecho positivo³⁹. Sobre la base de estas nociones, sin embargo, se hace posible que el derecho positivo se encuentre en contradicción con unas normas vigentes de derecho natural, sin que por esto la validez del derecho natural sea afectada».

37. *Logik* 1472.

38. *Logik* 1478 ss. Kelsen habla, a este respecto, de "fuerzas que actúan desde dos direcciones contrapuestas sobre el mismo punto". En la conferencia proponía el parangón de dos trenes que se dirigen el uno contra el otro.

39. Cfr. *Reine Rechtslehre* 27; 358 ss.

«Todo esto hace evidente que la deducción a partir de un concepto restringido de realidad, de sello positivista, que resulte en la inexistencia en la naturaleza de entidades ideales, y en particular normativas, sería una falacia naturalista de un tipo extremadamente primitivo; y que, en sus consecuencias, excluiría cualquier ser espiritual. De éstos formarían parte también los presupuestos cognitivos del hombre, sobre todo las leyes de la lógica a las cuales se nos reenvía con bastante agrado. Éstas, ciertamente, no son parte de la naturaleza empírico material. Sólo gracias a su capacidad cognitiva intelectual, el hombre es capaz de conocer las leyes de la lógica y de comprenderlas».

«La deducción desde un concepto restringido de realidad, que se basa en la inexistencia natural de las entidades ideales, no es en ningún caso suficiente para demostrar la efectiva inexistencia de realidades ideales en la naturaleza. Su existencia debiera ser probada, en consecuencia, "materialmente". Pero tal prueba, precisamente "bajo el perfil de un conocimiento empírico-racional", es desde luego imposible por el solo hecho de que debería alcanzarse con los medios de conocimiento metodológico que son también el fundamento para reconocer la existencia de esas mismas realidades. Si se contradice la legitimidad científica de los medios cognoscitivos para demostrar la existencia de realidades ideales, no es posible emplear estos mismos medios para probar la inexistencia; prescindiendo completamente de la consideración de que la prueba de la inexistencia de una realidad espiritual sería, en sí misma, imposible sin la ayuda de la omnisciencia divina. Por lo demás, se nos ha puesto muchas veces de relieve el hecho de que la tesis desarrollada sobre todo en el ámbito del empirismo, según la cual no serían posibles juicios sintéticos *a priori*, es, a su vez, un juicio sintético *a priori*, y como tal se auto elimina⁴⁰».

«Ya habíamos visto que, por ejemplo, en lo que se refiere a su teoría sobre la falacia naturalista, Josef Fuchs parte desde la teoría positivista de David Hume. Aquí se debe observar, primero, cómo ya la propia formulación de la "dificultad" encontrada por David Hume, vale

40. Sobre esto, Adamovich, L.: *Über die Struktur der Naturrechtsätze*, en: *Juristische Blätter* 89 (1967) p. 613, con bibliografía; ID, *Verfassungsgerichtsbarkeit und Reine Rechtslehre*, en: *Österr. Juristen-Zeitung* 23 (1968) 621.

decir "si fuera posible realmente deducir desde el ser (en consecuencia *también* desde el ser natural), como realidad empíricamente dada, la realidad dinámica del deber ser moral"⁴¹, es imprecisa y contradictoria. Con "*también* desde el ser natural" evidentemente se entiende la naturaleza material, no normativa. La contraposición lógica instaurada desde "también" entre "el ser natural" y un ser en otro sentido, que por tanto debería ser *también* no "natural", no tiene correspondencia con cuanto afirmó Hume. De hecho, la regla alegada por él afirma, de manera absolutamente general, "que desde un juicio de ser no se podría deducir ningún juicio de deber ser"⁴². Como ya hemos visto, esta posición implica la afirmación de la inexistencia de normas de cualquier género».

En síntesis: «Se puede afirmar, en general, que se produce una falacia naturalista si desde un ser no normativo viene deducido un deber ser. Dicho en otros términos, la doctrina de la falacia naturalista presenta la necesidad lógica de que desde premisas privadas de valor normativo no se pueden extraer deductivamente consecuencias con valor normativo. Pero lo que tal doctrina no ha demostrado, ni está en posición de demostrar, es el presupuesto, que ésta siempre admite tácita o también expresamente, según el cual no podría existir algún ser que esté dotado de valor normativo. Quien da por demostrado este presupuesto debe admitir, en líneas generales, que no podrían existir normas de ningún tipo y, en especial, tampoco normas de derecho estatal o internacional, y consecuentemente, por ejemplo, tampoco los derechos del hombre».

Finalmente, parece adecuado citar un fragmento en que el profesor Waldstein recoge el discurso de D'Agostino, señalando que a pesar del ambiente positivista reinante: «... "jamás como en nuestro tiempo el iusnaturalismo celebra sus triunfos. Si, en efecto, a nivel estrictamente metodológico la ciencia jurídica contemporánea ahora titubea en reco-

41. Cfr. *Diritto* 101.

42. Cfr. Hugli, A.: *Naturalismus, ethischer*, en *Historisches Wörterbuch der Philosophie* 6 (1984), col. 521. Cfr. también D'Agostino, F.: *Filosofía del Diritto*, 21996, 75 ss.

nocerse iusnaturalista, es iusnaturalista más bien en los hechos, como lo demuestra el relieve planetario que ha asumido en los últimos decenios la temática de los *derechos humanos*, como temática estrictamente jurídica. Los derechos humanos, de hecho, no son otra cosa que el modo en el cual se presentan en nuestro tiempo —y de un modo particularmente aguerrido— las instancias más profundas del iusnaturalismo. Quien define, promueve, defiende, difunde o, más bien, tiene en el corazón los derechos del hombre —éste es en primer lugar el jurista—, en definitiva no hace otra cosa que ponerse en el cauce de la tradición iusnaturalista, renovándola —tal vez inconscientemente— con sensibilidad lingüística y, muchas veces, con agudeza metodológica del todo moderna"⁴³».

43. *Filosofía* 68.