

LA TEORÍA PURA DEL DERECHO Y LA ARGUMENTACIÓN¹

Chäim PERELMAN

Traducido del Francés por Luz María RESTREPO MEJÍA*

El esfuerzo trascendental de Hans KELSEN de construir una ciencia del derecho, liberada de toda ideología, de toda intervención de consideraciones no jurídicas, se materializó en la elaboración de su Teoría Pura del Derecho (*Reine Rechtslehre*). Ha sido quizás KELSEN quien ha suscitado las más grandes controversias entre los teóricos del derecho del último medio siglo. Las tesis presentadas por este maestro indiscutible del pensamiento jurídico, quien con la claridad y la fuerza convincente que caracterizan todos sus escritos, cuestionó tantas ideas comúnmente admitidas, llegando a consecuencias paradójicas —de la cual la más escandalosa concernía a la concepción tradicional de la interpretación jurídica, así como al papel del juez en la aplicación del derecho— que ningún teórico del derecho ha podido ignorarlas o abstenerse de tomar posición al respecto.

La ciencia del derecho, como conocimiento de un sistema de normas jurídicas, no puede constituirse, según nuestro autor, sino excluyendo todo lo que es extraño al derecho propiamente dicho. El derecho, siendo un sistema de normas de coacción válido dentro de un Estado determinado, conviene diferenciarlo claramente, de una parte, de las ciencias que estudian los hechos de toda especie, lo que es y no lo que debe ser (el *Sein* opuesto al *Sollen*),² y, de otra parte, de todo otro

sistema de normas —de moral o de derecho natural— con el cual uno quisiera confundirlo o al cual uno quisiera subordinarlo. Una ciencia del derecho no es posible, según Hans KELSEN, sino cuando su objeto es fijado sin interferencias extrañas al derecho positivo. Por esto la teoría pura del derecho se presenta como “la teoría del positivismo jurídico”.

Dentro de esta perspectiva, un acto ilícito es un acto, que es “la condición de la reacción específica del derecho, del acto de coacción”. La sanción es proferida por los jueces, quienes tienen la competencia para aplicar las reglas de derecho en las situaciones determinadas por la ley. La sanción es válida si ha sido elaborada y promulgada conforme a reglas de un nivel superior que determinan las condiciones de funcionamiento de los poderes legislativo y ejecutivo. Esas condiciones son normalmente establecidas en una Constitución que suministrará la ley fundamental del sistema jurídico, o que remitirá a otra ley que garantice la validez de la constitución actual.

Todo sistema de normas y de actos jurídicos es, a la vez, jerarquizado y dinámico. Es jerarquizado porque los actos jurídicos derivan su validez de su conformidad con normas jurídicas, que dependen a su vez de otras normas, y así sucesivamente, hasta que se llegue a la norma fundamental, que no tiene justificación jurídica, pero se supone válida por todas las normas y todos los actos jurídicos del sistema. Un sistema de derecho se diferencia de un sistema formal, según Hans KELSEN, porque no es estático, sino dinámico. En efecto, las normas inferiores y los actos jurídicos no pueden deducirse de las normas que condicionan su validez; éstas suministran únicamente el marco en el cual las normas inferiores así como los actos jurídicos que las apliquen pueden inscribirse válidamente. El legislador, el juez, el administrador (al menos en los casos de la administración indirecta) reciben, en distinta medida, la autoridad necesaria bien sea para crear leyes nuevas en el marco de la ley constitucional, o para concretizar o individualizar, una norma general a casos de aplicación particular. En todas las situaciones vistas, su acción es creadora del derecho. Así como el legislador no interpreta la Constitución sino que decide votar ciertas leyes en virtud del poder legislativo que la norma superior le atribuye, lo mismo el juez, aplicando la ley, no tiene por misión decir cuál es su sentido correcto (*richtig*) sino decidir de hecho, pronunciando el fallo, cuál es, entre las interpretaciones posibles de la ley, la que quiere favorecer en esa ocasión: su decisión, como la del legislador, no es, según KELSEN, la expresión de un conocimiento, sino un acto de voluntad. La motivación de una decisión judicial, como cualquier preámbulo o exposición de motivos de un proyecto de ley, no depende de la teoría del derecho, sino de la política jurídica, y es necesario distinguir claramente la una de la otra. Es indiscutible que el derecho es un medio

* Doctora en Derecho y Ciencias Políticas de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Profesora Titular en la misma Facultad.

¹ PERELMAN, Chäim. *Droit, Morale et Philosophie*. Libraire General de Droit et de Jurisprudence. 2a. Edition. París. 1976. pags 155-160. Este ensayo apareció originalmente en *Law, and International Legal Order, Essays in Honor of Hans Kelsen*, The University of Tenne Press, Knoxville, 1.964.

² Los verbos auxiliares alemanes “sein” y “sollen” (ser y el infinitivo del verbo auxiliar “deber” utilizado como un sustantivo verbal). Este es el manejo aconsejado por Roberto J. VERLENGO traductor de la edición de la Teoría Pura del Derecho realizada por la Universidad Nacional Autónoma de México en 1981.

con miras a la realización de fines sociales de toda especie, la ciencia del derecho como conocimiento de un sistema de normas, no tiene por objeto sino el estudio de esas normas y su significado, independientemente de las consecuencias que resultarían de su aplicación. Recurrir a una interpretación teleológica de las normas jurídicas se sale, según nuestro autor, de los marcos de la ciencia del derecho y le compete a la política jurídica.

La Teoría Pura del Derecho se caracteriza, como acabamos de mostrarlo brevemente, por un intransigente dualismo que opone, de una parte, el ser al deber, la realidad al valor, el conocimiento a la voluntad (y conjuntamente las ciencias de la naturaleza a las ciencias del espíritu, la naturaleza a la sociedad, así como la causalidad a la imputabilidad) y del otro lado, el derecho a la moral, y el derecho positivo al derecho natural. La ciencia del derecho, como conocimiento del derecho positivo, debe eliminar despiadadamente todas las consideraciones que son, por esencia, extrañas a su objeto y que introducen de manera subrepticia y sesgada, ideologías de toda especie, posiciones dependientes de la política jurídica, haciéndolas pasar por resultados cognoscitivos que provienen de la ciencia del derecho. Sacando consecuencias lógicas de las tesis que acabamos de exponer, KELSEN ha concebido la teoría pura del derecho, donde el punto de partida (la norma fundamental), así como todos los puntos de transición (de una norma general a una norma más particular, o de una norma a un caso de aplicación de ésta) dependen de decisiones, y de actos de voluntad, que no se fundamentan en derecho, pero se justifican por consideraciones de orden político o moral.

Pero ¿puede el conocimiento guiar la voluntad en moral y en política? Si se adopta el dualismo kelseniano, que es también el de HAGERSTROM,³ se debe renunciar a la ilusión de la razón práctica en todos los dominios y no solamente en derecho. Es el resultado establecido por Alf ROSS en su: *Kritik Der Sogenannten Praktischen Erkenntnis* (Leipzig 1933)⁴. Pero entonces ¿puede uno hablar seriamente de una decisión razonable, de un fallo bien motivado, de una elección justificada, de una pretensión fundamentada? ¿Y si semejantes afirmaciones no son más que racionalizaciones destinadas a engañar a los ingenuos, expresa toda vida social otra cosa que relaciones de fuerza y sirve la filosofía práctica para otra cosa que cubrir con un manto de respetabilidad lo que los intereses y las pasiones imponen por la coacción?

3 Filósofo y Jurista sueco. Nota de la traductora.

4 Crítica del Llamado Conocimiento Práctico. Nota de la traductora.

Me parece que todas las paradojas de la teoría pura del derecho, así como todas sus implicaciones filosóficas, se derivan de una teoría del conocimiento que sólo otorga valor a un saber no controvertido, fundado enteramente en los datos de la experiencia y la prueba demostrativa, descuidando totalmente el papel de la argumentación. En efecto, ni la experiencia, ni la demostración lógica permiten el paso del ser al deber, de la realidad al valor, de comportamientos a normas. Entonces como toda justificación racional de las normas parece excluida en la perspectiva kelseniana, éstas sí dependen efectivamente de imperativos religiosos, de revelaciones sobrenaturales. Las metafísicas racionalistas que han buscado un fundamento puramente humano a nuestras normas y nuestros valores no son de hecho, sino ideologías que se esfuerzan en vano en sustituir el fundamento religioso, no racional. Y, sobre este punto, es difícil no seguir a nuestro autor: si uno se rehusa a considerar convincentes las intuiciones controvertidas, no existen, en el dominio de las normas y los valores que rigen nuestra acción, pruebas demostrativas y coercitivas. Pero a falta de pruebas demostrativas ¿es necesario renunciar a justificar por una argumentación tan convincente como posible, nuestras escogencias y nuestras decisiones, nuestros valores y nuestras normas? Y con la ambición de constituir una ciencia y una teoría pura del derecho, ¿es necesario considerar como jurídicamente arbitrario todo lo que no puede justificarse sino por medio de tal argumentación?

Para constituir una ciencia del derecho tal como es, y no como debería ser, me parece necesario renunciar al positivismo jurídico, como lo concibió KELSEN, y consagrarse a un análisis detallado del derecho positivo como se manifiesta efectivamente en la vida individual y social y más particularmente en las cortes y tribunales. Esto revela, en efecto, que el dualismo kelseniano no corresponde ni a la metodología jurídica ni a la práctica judicial.

Notemos para comenzar, que un sistema de derecho no se presenta de manera formal e impersonal, como si se tratara de un sistema axiomático, lógico o matemático. En un sistema formal ya constituido sus propiedades pueden ser el objeto de un estudio desapasionado, totalmente independiente de la voluntad del lógico o del matemático. Ya se trate de probar que el sistema es coherente, que no se puede demostrar una proposición y su negación, que es completo o que se pueden demostrar todas las proposiciones bien formuladas o su negación; las propiedades del sistema no dependen sino de su sola estructura. Pero no es así en derecho. En los sistemas jurídicos modernos, el juez está obligado bajo sanción penal, a fallar y motivar sus decisiones. En efecto, "el juez que rehusara fallar, bajo pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, podrá ser perseguido como culpable de

denegación de justicia". (Artículo 4o. del Código de Napoleón).⁵ El juez debe decidir la controversia en todos los asuntos asignados a su competencia y está obligado a juzgar y argumentar como si el sistema de derecho que aplica no tuviere lagunas y no presentare antinomias. Para evitar la denegación de justicia, el juez obligatoriamente debe considerar las lagunas y las antinomias como aparentes, sin que resulte del sistema, de una forma no ambigua, cómo debe proceder para llegar al resultado, es decir, a la decisión motivada que se espera de él. Si el sistema de derecho está considerado sin lagunas y sin antinomias se debe al poder de decisión otorgado al juez.

Pero ese poder, que no está limitado por un marco legal claramente definido de una vez por todas -porque los términos de una ley claros y desprovistos de ambigüedad en ciertos casos de aplicación pueden dejar de serlo en otras situaciones- no es tampoco un poder arbitrario que el juez puede utilizar a su modo: él se encuentra, en consecuencia, en la obligación de motivar sus decisiones. Las decisiones y su motivación contribuyen a la elaboración del orden jurídico, porque suministran precedentes para decisiones futuras. El sistema jurídico se construye, en efecto, progresivamente, dado que los precedentes permiten la aplicación de la regla de justicia que requiere que uno trate de la misma forma situaciones esencialmente parecidas. Es verdad que esta regla no es ni unívoca ni apremiante, ya que el juez está autorizado a mostrar que la nueva situación no es esencialmente parecida a la precedente; pero no le es suficiente pretenderlo, debe todavía justificar su punto de vista. Es por el papel innegable de los precedentes y de la regla de justicia como la jurisprudencia suministra materiales a la doctrina; ésta delimitará, en un marco conceptual, las decisiones judiciales que justifiquen las construcciones teóricas, suministrando, a su vez, argumentos que motivarán las decisiones futuras. Uno no puede darse cuenta de la vida real del derecho sin reconocer esta interacción de la jurisprudencia y la doctrina, donde el conocimiento y la voluntad colaboran íntimamente para satisfacer en la medida de lo posible, a la vez, nuestras necesidades de seguridad e igualdad.

Siendo admitido que el juez posee un poder de decisión, tanto más grande cuantos más vagos son los términos de la ley, es normal que él lo utilice considerando el derecho como lo que es efectivamente: un medio para la realización de ciertos fines políticos y sociales. Si se le otorga al juez un poder de interpretación que la

⁵ El artículo 48 de la Ley 153 de 1887, dispone textualmente siguiendo al legislador francés: "Los jueces o magistrados que rehusaren juzgar pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, incurrirán en responsabilidad por denegación de justicia". La denegación de justicia está establecida como delito en el Código Penal (nota de la traductora).

Corte Suprema del país puede limitar en ciertas materias, -como en derecho penal, por ejemplo- es de ella, al fin de cuentas y de la manera como comprende su papel en el sistema jurídico, que depende la extensión de ese poder. Es innegable que en ciento cincuenta años la concepción de ese papel en Bélgica y Francia ha evolucionado fuertemente, y que las Cortes de Casación se toman con el texto del Código de Napoleón libertades inimaginables a principios del siglo XIX. Mientras que la no aplicación constante de ciertos textos los ha hecho caer en desuso, la aplicación regular de ciertas teorías puede modificar completamente el sentido y el alcance de los textos legales, y de ahí introducir disposiciones extrañas a la ley. ¿Se puede negar, que en esos casos se trata de un derecho positivo? Sería oponer al derecho real y efectivamente aplicado una concepción del derecho tal como él debería ser. Pero ¿cuál es la ciencia donde las teorías pueden prevalecer contra los hechos, aunque los hechos nos muestran contrariamente a la teoría, una interacción constante de la norma y de lo normativo? También es un hecho, contrario a las tesis positivistas, que en las decisiones judiciales, se introducen nociones que dependen de la moral; algunas han sido fundadas en el pasado, sobre el derecho natural, y se consideran más modestamente hoy día como conformes a los principios generales del derecho. A partir de unos pocos textos del Código Civil, interpretados, de otra parte, en contra de su sentido literal, el derecho internacional privado ha construido un edificio imponente para la solución de conflictos de leyes, donde la noción de orden público internacional ha sido elaborada teniendo en cuenta consideraciones de tipo moral y político. ¿Puede uno negar que esta noción forme parte del derecho positivo y provenga únicamente de la política jurídica?

La teoría pura del derecho se encontró confrontada con dificultades como consecuencia de la oposición innegable que existe entre la idea de un sistema de derecho identificado con la soberanía del estado, -que considera una norma estatal como la ley fundamental- y las exigencias de la construcción de un derecho público internacional, donde la ley fundamental fuera una norma de carácter supraestatal. ¿Son igualmente arbitrarias, las dos construcciones, o hay razones sacadas de la argumentación para dar preferencia a una concepción nacional o internacional de la ley fundamental? Cada teórico del derecho debe tomar posición a este respecto, si no se contenta con desarrollar hipótesis en lo que se refiere a los sistemas jurídicos posibles, sino que quiere describir un sistema de derecho tal como funciona efectivamente. Para repetir una comparación del mismo KELSEN, si uno puede comparar los dos puntos de vista opuestos de los sistemas, -geocéntrico de TOLOMEO y heliocéntrico de COPÉRNICO- ¿cuál es el astrónomo que no ha escogido por razones que encuentra suficientemente válidas? Y ¿por qué es necesario prohibir en

derecho lo que parece normal en astronomía, aunque la ideología se haya mezclado en esas materias, como en el caso de Galileo?

Una ciencia del derecho presupone tomas de posición, las cuales no se considerarán irracionales si pueden justificarse de una forma razonable, gracias a una argumentación donde uno reconoce la fuerza y la pertinencia. Es verdad que las conclusiones de tal argumentación no son jamás evidentes, y ellas no pueden, como la evidencia, forzar la voluntad de todo ser razonable. No pueden sino inclinarla hacia la decisión mejor justificada, la que se apoya en la argumentación más convincente. Aunque no se pueda afirmar que excluye absolutamente toda posibilidad de escogencia. Así es como la argumentación hace un llamado a la libertad espiritual, aunque su ejercicio no es arbitrario. Es gracias a ella como podemos concebir un uso razonable de la libertad, ideal que la razón práctica se propone en moral, en política, pero también en derecho.

ENSAYOS

DERECHO, HUMANISMO Y LITERATURA

Raúl Humberto OCHOA CARVAJAL*

Sobre el significado de la justicia el hombre se ha interrogado desde el comienzo de su razón hasta hoy. CALICLES interrogaba a SÓCRATES en este sentido y hoy, los filósofos actuales, con Rawls a la cabeza, continúan el interrogante. ¿Qué es la justicia? KELSEN escribió un hermoso texto con ese título y en el último párrafo concluyó:

“Comencé este estudio con el interrogante: ‘¿qué es la justicia?’. Ahora, al llegar a su fin, me doy perfectamente cuenta que no lo he respondido. Mi disculpa es que en este caso me hallo en buena compañía. Sería más que presunción de mi parte hacerles creer a mis lectores que puedo alcanzar aquello que no lograron los pensadores más grandes. En rigor, yo no sé ni puedo decir qué es la justicia, la justicia absoluta. Ese hermoso sueño de la humanidad. Debo conformarme con la justicia relativa: tan sólo puedo decir qué es para mí la justicia. Puesto que la ciencia es mi profesión y, por lo tanto, lo más importante de mi vida, la justicia es para mí aquello bajo cuya protección puede florecer la ciencia y, junto con la ciencia, la verdad y la sinceridad. Es la justicia de la libertad, la justicia de la paz, la justicia de la democracia, la justicia de la tolerancia”.¹

* Doctor en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana. Profesor Titular de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

¹ KELSEN, Hans. ¿Qué es la justicia? Editorial Leviatán. 1981. p. 119.