

LA NORMA JURÍDICA Y LA REALIDAD

Rubén Darío Cardona Valencia

Resumen

Todas las sociedades y sistemas de regulación de la conducta humana tienen aspectos comunes pero el más relevante es la norma. Reich, trata de entender a Paschukanis desde su órbita marxista, cuando critica a Kelsen: "Entonces, el rasgo connatural al derecho no ha de verse, como lo sostiene Kelsen, en la estructura escalonada del orden jurídico que constituye el sistema del derecho concebido como configuración espiritual, jerárquicamente articulada, con la norma fundamental en la cúspide, sino como un sistema de normas objetivamente existente que forma una realidad social sui generis. Este sistema debe su existencia a la voluntad de la clase dominante en un momento dado, o sea a la organización política del Estado."¹ Nótese como el aspecto normativo, es el que articula los criterios, y eso se hace más evidente frente a las tesis de Miguel Reale² y Norberto Bobbio,³ quienes de alguna manera convalidan aspectos de la posición Kelseniana, desde la órbita positivista, argumentando que la norma debe estudiarse desde los conceptos de Justicia, validez y eficacia, como lo sugiere Bobbio y desde la validez, vigencia y eficacia en el criterio de Reale, en la misma línea conjetural de la teoría tridimensional del derecho, que integra hechos Jurídicos, valores y normas jurídicas.

Por ello se pretende volver a la norma como objeto de conocimiento, bajo la hipótesis que reconoce el estrecho vínculo que une lo normativo y lo jurídico y que amplía el universo de la comprensión del concepto de derecho. En este orden de ideas la norma cobra una nueva dimensión en los ámbitos espacio temporal, en la órbita de la comunicación y en su estrecha relación con el poder.

Palabras clave: norma, ley, sistema, investigación, ciencia, epistemología, derecho, moral, ética, metafísica, concepto, seudo concepto, seudo ciencia.

* Abogado Universidad Libre de Pereira. Docente de tiempo completo Universidad Cooperativa de Colombia. Especializado en Derecho Administrativo.

1 Reich. 1984.
2 Reale. 1977.
3 Bobbio. 1992.

THE JURIDICAL NORM AND THE REALITY

Abstract

All societies and systems of regulation of human behavior are common features but the most important is the norm. Reich, try to understand Marxist Paschukanis from its orbit when criticizing Kelsen: "So, the trait is innate right to not be seen as Kelsen contends, in the staggered structure of the legal order which is the law system as designed configuration spiritual hierarchically linked, with the fundamental rule at the top, but as an objectively existing system of rules that forms a social reality sui generis. The system owes its existence to the will of the ruling class at a time, or a political organization of the State. Note the normative aspect, which is articulated criteria, and this is most evident against the thesis of Miguel Reale and Norberto Bobbio, who somehow validate aspects of the position Kelseniana from orbit positivism, arguing that the rule should be studied from the concept of justice, validity and effectiveness, as suggested by Bobbio and since the validity, validity and effectiveness of the approach Reale, in the same three-dimensional theory of conjectural law, integrating legal facts, values and legal norms.

It is therefore intended to return to the rule as an object of knowledge, the hypothesis that recognizes the close link between the normative and legal and that the universe of broad understanding of the concept of law. In this vein, the standard becomes a new dimension in the temporary space in the orbit of the communication and its close relationship with power:

Keywords: norma, act, system, research, science, epistemology, law, morality, ethics, metaphysics, concepts, pseudo-concept, pseudo-science.

Relación de lo normativo con los sistemas de regulación de la conducta humana

El derecho, la moral, la ética, desde el punto de vista Kantiano, corresponden a sistemas de regulación de la conducta humana. La visión de Kant en torno a estos sistemas fue holística, a pesar de que hizo un análisis separado de cada uno de ellos. (Kant, Fundamentación de la metafísica de las costumbres, Principios metafísicos del derecho, la metafísica de las costumbres). En su obra Kant reconoce el derecho desde lo metafísico y plantea la racionalización positivista dentro del esquema científico.

Esa concepción positivista del derecho, otorga a la norma una doble connotación, cuando la misma deviene de ese oculto sentido humano de hacer algo humano y cuando la misma es concepción positivista humana, pero las separa aduciendo que la primera es un imperativo categórico y la segunda es jurídica, pero que si la jurídica no se cumple la categórica se impone por razón natural.

A las diferentes concepciones jurídicas las caracteriza el hecho de no poder existir sin la norma (para este evento, jurídica). Los sistemas de regulación de la conducta humana también tienen en común la norma como soporte: Quien no cumpla con los mandamientos de la Ley de Dios recibirá un castigo consistente en una condena infernal; quien desobedezca su fuero interior, deberá enfrentarse a su conciencia, quien no utilice los cubiertos de manera apropiada no puede pertenecer a la elite social, quien no cumpla la Ley, será sometido a ella. La norma es una regla que contempla un precepto y una consecuencia, no necesariamente una

sanción, algunas de ellas evidencian acciones humanas y consecuencias por su inobservancia y otras que parecen generarse de manera espontánea, como producto de cierta razón natural, confundibles con aquellas que son creaciones humanas.

Relación de esos aspectos comunes

Para muchos esta relación parecerá intrascendente, lógica, muy obvia, evidente, pero sin la misma no será posible más adelante identificar posturas ideológicas que por muchos años hemos considerado valederas y que en realidad se han basado en simples hipótesis, como se tratará de demostrar.

En principio se da por hecho que lo estipulado por las normas es cierto, a casi nadie se le ocurre pensar que no es así, porque de alguna manera las cosas funcionan, pero eso no es necesariamente así y es por ello que se presentan a continuación esta relación de premisas o reflexiones que verdaderamente son comunes a la normatividad en todas las sociedades y sistemas de regulación de la conducta humana, que a la luz de la lógica aparecen como apodícticamente ciertas:

1. Todas las sociedades tienen normas.
2. Todas las sociedades tienen diferentes clases de normas, morales, de costumbre, jurídicas, religiosas.
3. No todas las sociedades utilizan todas las clases de normas. (De allí que se pueda pensar que no todas las normas y clases de ellas, son necesarias en las sociedades.)
4. Todas las normas que regulan la actividad social tienen un control, en todas las sociedades. Bien sea ético, moral, religioso, penal, político, entre otros.

5. No en todas las sociedades existen los mismos controles para el cumplimiento de la norma.
6. No toda trasgresión social de la norma genera una consecuencia punible en todas las sociedades, porque dicha consecuencia sólo se ejecuta cuando la trasgresión es detectada, o se judicializa la acción.
7. La Normatividad no garantiza la judicialización de todas las acciones.
8. La Normatividad está orientada a generar consecuencias ante su incumplimiento en la mayoría de las sociedades.
9. Todas las sociedades pueden variar sus normas, en el momento en que ellas mismas lo determinen.
10. Ningún marco normativo jurídico es permanente.¹ (Kirchmann, H.J.v "La Jurisprudencia no es ciencia" Ediciones Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1961 Pág. 54")
11. Todos los marcos normativos sociales, son trasgredibles. La norma no garantiza, por si misma su aceptación total.
12. Las consecuencias de transgredir los marcos normativos, son relativas a las distintas cosmovisiones sociales.
13. En algunas sociedades no hay consecuencias para algunas acciones que en otras sociedades son consideradas como graves.
14. Ni la norma ni la sanción tienen carácter universal.
15. Frente a la variación de la norma puede variar la sanción.
16. Frente a la variación de la sanción, el enunciado de la norma puede mantenerse inmodificable.
17. La sanción no es una consecuencia necesaria de la norma.
18. No todas las sociedades crean sus propias normas, algunas toman o asumen las de otras sociedades.
19. La norma no siempre son el resultado de la convivencia social.
20. Por todo lo anterior: Si las normas sociales (ya sean jurídicas o no) son trasgredibles, si las normas sociales no necesariamente son originarias, si las normas sociales son variables, entonces las sociedades se desarrollan bajo un sistema de pautas ideológicas conceptuales.
21. Las normas permiten que se discrepe de ellas. (Gehlen. Teoría de las Instituciones).
22. No todos los asociados que discrepan de las normas, las trasgreden.
23. No todo aquel que aparenta cumplir con la normatividad, la cumple a cabalidad.
24. En toda sociedad, cuando la minoría de trasgresores, pasa a ser la mayoría, la norma varía.
25. Dentro de una comunidad de seres humanos siempre habrá quien cree normas.
26. Hasta el momento, en las sociedades siempre hay asociados que creen que sus normas mejorarán la sociedad.
27. Hasta el momento, en todas las sociedades hay asociados que creen que el cumplimiento cabal de toda la normatividad conlleva al orden social perfecto.
28. Hasta el momento, en todas las sociedades hay asociados que en pos del orden lo trasgreden con el fin de hacerlo cumplir.
29. Quienes pueden transgredir el orden, con el fin de hacerlo cumplir, tienen manejo de poder, ya sea en forma parcial o total.
30. El cumplimiento cabal de la normatividad no garantiza el orden social perfecto. (Criterio de mala fe de Jean Paul Sartre).
31. Es un criterio de libertad, el hecho de que el asociado esté de acuerdo o no

- con la normatividad.
32. El criterio de libertad se restringe en todas las sociedades cuando se pasa del pensamiento liberal al hecho liberal contrario a la norma.
 33. Los asociados pueden clasificarse en tres, el que no acepta la norma, pero no la transgrede; el que no acepta la norma y la transgrede y el que acepta la norma y no la transgrede.
 34. No es posible que podamos vivir en libertad si estamos sometidos a las normas.
 35. Si la sociología estudia la sociedad, estudia entonces las diversas sociedades sometidas a diversas normas, religiones, clases de gobiernos y el estudio de la normatividad se vuelve técnico, porque depende de lo que quiera cada sociedad.
 36. Por ende desde la sociología se evidencian las normas.
 37. Desde las normas no se puede estudiar la sociedad.
 38. Muchas sociedades tienen normas jurídicas.
 39. Muchas sociedades tienen normas jurídicas iguales, pero eso no hace iguales a las sociedades.
 40. Muchas sociedades no han necesitado ni necesitan las normas jurídicas.
 41. Las normas religiosas en algunas comunidades y sociedades han desplazado las normas jurídicas.
 42. Lo que indica que las normas jurídicas no son generales a todas las sociedades
 43. Indica además este hecho que las normas jurídicas no son universales.
 44. Pretender que las normas jurídicas sean leyes científicas, no es aceptable, desde el punto de vista de la generalidad y el de la Universalidad.
 45. Pretender llamar leyes científicas a las normas jurídicas, asintiendo que las normas jurídicas son generales a todas las sociedades es falso, porque no todas las sociedades han necesitado normas jurídicas.
 46. Es una mentira decir que las sociedades se someten a las normas o a la Ley, porque las normas jurídicas o las leyes por sí solas no someten a nadie. Se requiere de un aparato coercitivo o ideológico para lograr sometimiento.² (Tesis que contraviene la postura de Robert Walter en su libro “La estructura del orden jurídico” Monografías jurídicas, Temis 1984” y la kelseniana en la cual se plantea que la norma por sí sola implica coercitividad, para Walter la coercitividad está amparada en su creación legal).
 47. Es una falacia decir que las sociedades crean sus normas, porque la realidad es que son individuos quienes las crean, ya sea en interés individual o en representación de otros.
 48. Si el individuo es quien crea la norma jurídica, así lo haga en nombre de la comunidad, siempre antepone su criterio personal, así la norma jurídica se adecue a la sociedad.
 49. La adecuación entre la norma jurídica, su creador y la comunidad, no garantiza el interés social puro, salvo que el legislador sólo relate la costumbre (Teoría científicista del derecho, producto de la escuela historicista).
 50. A pesar de la correlación normativa entre la norma y la comunidad, cuando no hay interés personal en su creación. La norma no puede garantizar justicia total y equidad absoluta.
 51. Es cierto que algunas veces la trasgresión de la norma acarrea una consecuencia jurídica.
 52. No es cierto que la consecuencia

jurídica, llámese sanción, prisión, pago, obligación de hacer, siempre se ejecute. En primer lugar, porque hay acciones que no se judicializan y en segundo lugar porque la sanción no siempre opera.

53. Si la consecuencia jurídica no siempre se ejecuta, entonces la norma no garantiza estrictamente su cumplimiento.
54. Si la norma no garantiza estrictamente el cumplimiento, no puede decirse que garantiza con total certeza el orden social.
55. Casi todos creemos que todos cumplimos las normas.
56. Las normas jurídicas permiten la interpretación frente al hecho de que a veces pueden no ser claras. Dicha Interpretación se vuelve parte de la normatividad, porque la misma ley lo permite.
57. La moral, la religión, la ética, el derecho, se basan y regulan en comportamientos normativos.
(¿Cuál es la razón, para que los denominados por ellos mismos, científicos del derecho, solamente convaliden el derecho como ciencia y no lo hagan con la ética y la moral?)

Esta recolección de reflexiones es una pretensión investigativa que tiene como finalidad el generar debate, para consolidar aquellas que admitan certeza absoluta y eliminar las falseadas. Porque el reordenamiento de las ideas a partir de realidades lógicas, sirve de soporte a transformaciones en el conocimiento del derecho y el de los demás sistemas de regulación del comportamiento humano.³

La tarea ahora consiste en la consolidación de certeza y la construcción de un método fuerte que permita dicha convicción, como ejemplo, tomemos la primera

reflexión: 1. Todas las sociedades tienen normas. Sería un absurdo negarlo, nadie que viva en comunidad puede pretender vivir sin reglas. Aristóteles, Hobbes, Rousseau, Marx, Engels, Gandhi, Cristo, Buda, y todos los filósofos y pensadores han basado sus teorías en el pretendido consenso social, ya sea político, religioso, económico y en sus planteamientos en torno a la necesidad vital de la norma para la vida en comunidad, hasta ahora sus ideas no han sido rebatidas. Pero en ese orden ideológico encontraremos premisas que desde la vivencia son cuestionables y otras verificables, por ejemplo la 33. "Los asociados pueden clasificarse en tres, el que no acepta la norma, pero no la transgrede; el que no acepta la norma y la transgrede y el que acepta la norma y no la transgrede", porque el hecho de aceptar esta premisa desvirtúa el cumplimiento absoluto de la normatividad a través de la estructura del orden jurídico.

Pero comprobemos la veracidad de la premisa 33. Habrá asociados que no acepten la norma pero no la transgreden, claro que si, la mayoría de nosotros discrepamos constantemente de ciertas normas, pero terminamos cumpliéndola, en este caso la estructura del orden jurídico funciona, así como cuando nos sometemos a la norma porque la aceptamos. Pero existe el caso del que no la acepta y la transgrede, en principio se puede acotar que la estructura jurídica hace su labor porque para este personaje habrá una sanción, pero en la realidad, no siempre sucede, tal como se acotó en la premisa No. 52. No es cierto que la consecuencia jurídica, llámese sanción, prisión, pago, obligación de hacer, siempre se ejecute. En primer lugar, porque hay acciones que no se judicializan y en segundo lugar

porque la sanción no siempre opera y esto es fácil de verificar en la realidad, sólo deben tenerse en cuenta los índices de judicialización de las conductas en un Estado, así como los de impunidad, para saber que ninguno abarca el 100% de los problemas que se tramitan en los estrados judiciales.

Muchos podrán decir que ese factor no es culpa de la estructura jurídica, que corresponde a un factor de ineficiencia del Estado, se acepta parcialmente la defensa, pero existen un sinnúmero de problemas que no se llevan a los estrados judiciales simplemente porque el individuo no ejercita la acción, así la estructura jurídica la contemple como derecho y el Estado no puede hacer absolutamente nada para judicializarla y puede ocurrir además que los castigos y las consecuencias jurídicas sean inocuas bien sea por la muerte del infractor, o por la insolvencia del deudor o también sucede que la estructura jurídica varíe por acción del poder en interés personal para evitar la sanción. En este caso los defensores podrán aducir que a pesar de la manipulación estructural, todo lo reformado sigue estando dentro de la estructura. Pero se olvidan de la temporalidad, porque confunden la estructura primaria, que contemplaba una premisa, con una posterior que contempla una premisa diferente y ese elemento ya había sido objeto de crítica por los ideólogos jurídicos del socialismo, entre otros Pashuskanis.

Es este último caso el ejemplo perfecto para convalidar la percepción de que la realidad sucumbe frente a la conceptualización teórica, elemento que han utilizado los gobiernos para manipular la realidad jurídica, bajo pautas conjeturales que sutilmente se mezclan, con cierto hábito

de lógica, pero que en la realidad no son totalmente comprobables⁴.

Pero para hacer más precisión veamos la hipótesis 11. "Todos los marcos normativos sociales, son trasgredibles. La norma no garantiza, por si misma su aceptación total". Y esto es totalmente comprobable desde el hecho mismo de que la estructura jurídica tiene que consagrar dentro de la norma una consecuencia, razón por la cual la hipótesis de que todo precepto acarrea una consecuencia es lógica en torno a convalidar la estructura, pero es antinómica de la finalidad que es el orden social, porque irónicamente, lo que sugiere la estructura es que debe existir desorden social; si no fuera así, cuál sería la finalidad de la sanción.

Y que pasa cuando surgen anomias y antinomias, como por ejemplo cuando dos derechos de índole constitucional se enfrentan, ¿Qué sucede en este caso con la estructura jurídica?; No hay solución efectiva en este evento desde lo estructural, la hay en equidad, en ese caso en verdadero derecho, más no en lo legal.

Es por ello que la premisa 30. "El cumplimiento cabal de la normatividad no garantiza el orden social perfecto.", cobra mucha vigencia, porque es imposible frente a la connotación de enfrentamiento de normas fundamentales constitucionales, garantizar el orden social, si entendemos el orden social como el sometimiento al orden jurídico a través de la supuesta coercitividad de la ⁵norma. Pero si logramos entender el orden social perfecto como un caos, los supuestos defensores de la estructura jurídica tendrán razón, pero contrariando su dimensión de perfección de orden social., que ironía.

La dinámica de la estructura jurídica y su relación espacio temporal

“El que se atribuya carácter de estructura jurídica hipotética a todas las normas jurídicas sin excepción, depende de la definición que se le dé a la noción de norma de derecho”, “Si como base se toma el concepto que aquí se ha llamado noción dinámica de la norma de derecho, toda norma tiene estructura hipotética. La norma fundamental solicita del legislador - como ya quedó dicho - que determine quién habrá de quedar facultado para estatuir el precepto coactivo. De esta suerte, empero, queda en todo caso condicionada la norma de derecho dinámica que incluye todos los requisitos indispensables para la coacción. Pues, condición para cualquier acto coercitivo es, de todos modos, el acto real y efectivo que estatuye el precepto de coerción”⁶ He aquí el concepto de dinámica que explica según Kelsen y sus seguidores la coercitividad de la norma, se dice además que sólo las normas estáticas pueden ser categóricas.

Esta explicación se queda corta, frente al precepto 46, “Es una mentira decir que las sociedades se someten a las normas o a la Ley, porque las normas jurídicas o las leyes por si solas no someten a nadie. Se requiere de un aparato coercitivo o ideológico para lograr sometimiento. (Tesis que contraviene la postura de Robert Walter en su libro “La estructura del orden jurídico” Monografías jurídicas, Temis 1984” y la kelseniana en la cual se plantea que la norma por si sola implica coercitividad, para Walter la coercitividad está amparada en su creación legal.), la realidad implica detectar el vacío dejado por la teoría de Kelsen, cuando trata de dar sentido coercitivo a la norma, o a Walter

cuando explica dicha coercitividad desde la diferencia entre norma estática y dinámica; si así fuera los estados no tendrían que recurrir a la fuerza, para hacer cumplir la normatividad. De allí que la coercitividad de la norma este dada por todo ese aparato militar y policivo que detenta el Estado y no por la patraña gramatical que nos armaron los positivistas y que como borregos repetimos los estudiantes del derecho reglado, los positivistas además, distinguieron el criterio de ley y de ejecución de la ley, siendo ese criterio la explicación adecuada a la coercitividad.

El concepto de dinamismo de la estructura jurídica, para los positivistas es un concepto totalmente gramatical, la norma se dinamiza en función del carácter ejecutivo de la misma, ejecución que depende de una sentencia, pero si el Juez está sometido a la Ley, como puede el Juez desligarse de la estructura jurídica. La solución positivista consistió en elaborar una norma que permita al Juez utilizar la Interpretación en calidad de criterio auxiliar, otra patraña gramatical. El sólo hecho de permitir al Juez la interpretación (en ciertos eventos), desvirtúa el concepto absoluto estructural jurídico, a pesar de que se incorpore a la estructura una norma que lo permita. Es una inteligente solución gramatical que permite al Juez salirse de la concepción normativa, más no de la estructural y en esos casos se entiende dinamizada la norma. Pero la realidad es otra, porque la solución legal advierte un problema social sin solución efectiva a través de la ley y en últimas, la solución que toma el Juez, así sea de la mano de los criterios auxiliares, siempre es una solución extralegal, porque la misma no está contenida estrictamente en el criterio de legalidad y volvemos a la anomia, el enfrentamiento entre la legalidad y la solución extralegal dentro

del marco estructural jurídico. Otra vez el supuesto orden jurídico promueve el caos desde su estructura.

10. "Ningún marco normativo jurídico es permanente." (KIRCHMANN. 1961, p. 54), eso se convalida con la cantidad de normas jurídicas que a diario se producen y con la cantidad de reformas de índole constitucional que se presentan en los Estados. Pero a pesar de ello, muchos podrían sostener que la estructura jurídica si es permanente porque total siempre existirán unas normas que dependan de otras.

Este postulado sólo se puede desvirtuar desde la dinámica real de las cosas, no es lo mismo la estructura jurídica utilizada por los Romanos a finales del Imperio de Oriente, que la utilizada por los países latinoamericanos bajo el poderío español o la actual estructura jurídica nuestra en términos normativos, en términos estructurales puros si puede ser muy similar, porque en todas existieron unas normas jerárquicamente organizadas.

¿Existirá alguna otra posibilidad normativa?, ¿Que tal una estructura donde todas las normas tengan el mismo valor, será posible?, personalmente creo en esa posibilidad, ¿Que sucedería si en la misma estructura se consagrara tal circunstancia?, gramaticalmente se puede generar una gran constitución normativa, en la cual tanto normas legales, así como administrativas o ejecutivas y las sentencias judiciales tengan igual valor, complicado pero viable.

Pero ¿en qué momento se puede decir que una estructura cambia? Una edificación que 'está amparada' en cinco pilares, cambia su estructura en el momento en que los pilares sean menos o más. Obvio que

todas las edificaciones tienen estructuras, pero por ese hecho no se puede decir que la estructura es igual. Los avezados juristas positivistas, inteligentemente nos han hecho creer que la estructura jurídica no cambia, basados en el anterior raciocinio "todas las edificaciones tienen estructuras", pero eso no hace que sean iguales y por ello no se deben tener por ciertos muchas afirmaciones que se desprenden de tal postulado, como la de que la norma constitucional prima sobre las demás, porque hay normas de índole legal que son viables y que no tienen soporte constitucional y existen además soluciones extralegales, esto se demuestra en los cambios de constitución. Como ejemplo, El artículo 52 de la Constitución colombiana, ampara la familia constituida por un hombre y una mujer bajo un convenio civil, como el núcleo de la sociedad. Pero la normatividad constitucional se queda corta en este aspecto cuando intenta solucionar problemas cotidianos de las parejas bisexuales, que ante la imposibilidad legal, ellas mismas solucionan; las soluciones son análogas no legítimas. En este evento la estructura jurídica no da solución al problema, la solución es extralegal y además extraconstitucional. (Como por ejemplo, si no nos podemos casar, nos vamos a vivir juntos, si no podemos liquidar la sociedad conyugal, te dejo un poder para que pongas mis cosas a tu nombre cuando me muera)

En este evento para que la estructura actúe, tendría que cambiarse la base constitucional ¿y entonces sería la misma estructura?, que lo digan los homofóbicos o los extremistas religiosos.

En términos positivistas, a pesar de que el concepto estructural normativo interno cambie totalmente, la estructura sigue

siendo la misma. La única justificación viable a este propósito es la perpetuación del esquema en pos de lograr el orden social, soporte perfecto para gobiernos que requieren normas rígidas que eviten el dinamismo social, de allí que sea entendible el concepto del Estado Perfecto de Hegel y su relación con la escuela de Viena y con los estados Nacionalsocialistas Europeos y el Estado Ruso Estalinista.

De otro lado, se debe advertir que la estructura jurídica sólo es viable en una dimensión espacio - tiempo, por eso no soporta el dinamismo social, así se pretenda darle salida a través de la interpretación judicial, porque dicha salida varía el concepto estructural. La vieja estructura se remozaba para poder atender la nueva concepción. No es la estructura anterior, es una diferente desde el concepto espacio - temporal, así el cambio se haya previsto desde la anterior.

El carácter científico del derecho

Este es un tema importantísimo, no dilucidado en la cátedra y mucho menos por la Academia. La premisa 56, permite profundizar el tema. Bajo la óptica de la ciencia tradicional, El Derecho no ha podido ser reconocido como ciencia, a pesar del esfuerzo de muchos magos que alimentaron la tesis de que "La teoría pura del derecho" producida por Hans Kelsen, era la explicación científica del derecho. Lo que no es cierto. La prueba de ello son las mismas afirmaciones del Kelsen al respecto. De allí que al estudiar el derecho Kelsen solo reconozca la estructura jurídica normativa como posible parámetro científico del derecho. Pero deja prever que el derecho además, debe tener un nexo con la Justicia, nexo que no fue objeto de su estudio, que

apartó al tratar de estructurar lo que para él era lo único puro del derecho, que era su estructura y así lo reconoce en su libro "que es la justicia".⁸ Kelsen jamás intentó explicar el concepto integral de derecho desde su óptica formalista.

Desafortunadamente y tal como lo evidencia Diego Eduardo López Medina en su libro "La Teoría impura del Derecho", en Latinoamérica se hizo un pésima recepción de la Teoría Kelseniana y se convalidó la idea de que Kelsen explicó el derecho. Veamos por ejemplo como Arturo Valencia Zea en su Libro de Derecho Civil, Tomo I, General y personas, pregona la idea de que el Derecho tiene un una finalidad inicial que es el orden y la convivencia social y una última finalidad que es la justicia, mezclando erróneamente el concepto de estructura jurídica con el de la justicia, mezcla que Kelsen ya había separado.

Para la época en que Kelsen edificó su teoría, el concepto de ciencia dependía de la posibilidad del aislamiento de parámetros dentro del objeto de estudio de conocimiento científico. Postura Kantiana dentro del ámbito del conocimiento y que dio lugar a una escuela científica de corte radical, en la que los científicos procuraban la especialización y la profundización en el objeto de conocimiento. Dicha postura fue objeto de la crítica porque en esa búsqueda interior se descontextualizaba el objeto genérico. Las Escuelas Económicas del comunismo se desarrollaron sobre esa misma postura, por ello sólo se dedicaron a estudiar la economía desde aspectos individuales y específicos y no desde los macro conceptos, incurriendo en la propuesta de postulados que se alejaron de la realidad. Como decir por ejemplo que la desaparición de la propiedad privada era suficiente para solucionar el problema

social, pero no advirtieron problemas de índole humana y tecnológica que terminaron por derrumbar la teoría inicial.

Lo mismo pasa con la concepción Kelseniana, que sucumbe ante la contrastación pragmática. Porque como solamente da explicación a una estructura de ordenamiento social, se radicaliza en ella y desconoce el parámetro de justicia. De allí que la estructuración del orden a partir de la imposición normativa no de respuesta acertada a la aplicación de la Justicia y por otro lado es una teoría innecesaria ya que el orden y la convivencia social se pueden lograr bajo otras connotaciones que en nada se parecen al Derecho. Por ejemplo, Los grupos de limpieza social, no requieren de estructuras normativas para lograr orden y convivencia, desconociendo la justicia, aún así muchas sociedades reconocen dicha labor.

Que quede claro, el derecho no es solamente el estudio del orden social, como hasta ahora lo hemos creído, o nos lo han hecho creer

Desde la explicación de la ciencia tradicional, el derecho no es ciencia porque Lo único que se puede estudiar desde el ámbito científico en el derecho, es su estructura normativa; ni siquiera la norma, porque a la norma le ocurre lo mismo que al derecho, tiene más de una connotación (la gramatical, su contenido, su significado, su interpretación) y la ciencia tradicional no puede soslayar lo metafísico de la norma.

Otra de las críticas fuertes contra la postura de científicidad de los defensores de la tesis Kelseniana, fue la de que las normas jurídicas no soportan la contrastación con

la realidad social. Las soluciones que se proponen del derecho en muchas ocasiones distan de las soluciones que se propician en la realidad. Una pareja que deba acudir a un Juzgado para liquidar una sociedad conyugal, en muchas ocasiones prefiere realizar una liquidación a su manera, o un problema de violencia intrafamiliar puede resolverse bajo parámetros nada ortodoxos, soluciones definitivas a fin de cuentas, así los legalistas insistan que son ilegales.

De allí que las críticas de Max Weber en el sentido de decir que el Derecho solamente es una técnica de control social, o con anterioridad la de Kirchman que se quejaba de que toda la normatividad de un Estado podía desaparecer de un día para otro por el mero capricho del gobernante de turno, tengan razón de ser bajo la óptica tradicional.

En mis estudios llegué a creer que Mario Bunge era defensor de la postura de la científicidad del Derecho, ya que este fue uno de mis libros de consulta cuando asistí a la clase de metodología, creyendo que estaba aprendiendo la ciencia del Derecho y que Jaime Ángel Hincapié tenía la razón cuando estructuraba un método científico de investigación jurídica, que en últimas resultó ser de investigación sociológica, teñido del cuento jurídico. Pero la realidad es otra, Mario Bunge no cree que el Derecho sea una ciencia: "... , lo que pasa es que los juristas muy habilidosamente, como lo hacen en sus defensas, han logrado hacer creer que todo lo que es susceptible de investigar a través de un método científico, es ciencia. Ello no es así y así lo explica Bunge en su crítica.

De otro lado el Derecho no ha podido definir el objeto de conocimiento, para

algunos es la norma jurídica, algunos otros creen que es la sociedad, otros creen que es la sociedad sometida a normas jurídicas y para otros es el mismo derecho. O sea que desde lo jurídico se indica que una cosa es la sociedad y otra la sociedad sometida a reglas jurídicas y que una cosa es la conducta y otra muy diferente la conducta sometida a normas jurídicas o se propone que el Derecho es la ciencia que estudia el Derecho, en este último evento el Derecho además de ciencia es objeto, Asunto bien complicado de entender. El cazador tirándoles a todos los patos a ver cual cae.

Bajo los nuevos criterios de ciencia, Popper, Morin, Habermas, se abre un espectro muy amplio en la consideración de lo que es investigación científica, ya que cualquier objeto de conocimiento puede ser objeto de conocimiento científico, hasta pensar que lo metafísico pueda ser considerado como objeto de conocimiento a la luz de la ciencia. Cualquier objeto susceptible de falsación, es considerado objeto de investigación. De allí que bajo estos parámetros el Derecho sea un objeto del conocimiento y por ello algunos se atrevan a decir que el derecho es ciencia.

A partir de dicha premisa se desprenden una serie de postulados que llevan a muchos autores y abogados a suponer que el derecho es ciencia. Ojo, existe una mala recepción de dichos postulados en el sentido de establecer una gran diferencia entre objeto, investigación científica y ciencia. Que el derecho considerado como un todo (Sin definir) sea objeto de investigación científica es totalmente válido, pero que sea ciencia no está demostrado.

Para Popper y sus seguidores todo es susceptible de ser investigado

científicamente, a diferencia de los científicos tradicionales que creían que sólo se podían investigar objetos físicos, visibles, entre ellos la sociedad; pero los estudiosos del derecho no han considerado la diferencia entre ciencia y pseudociencia, delineados por Popper desde las connotaciones de Carnapp. y Wingestein, sobre las bases de conceptos y metaconceptos y lenguaje y metalenguaje. Entendiéndose el Derecho como una seudo ciencia.

Desde la óptica de la cuántica se demostró que se podía hacer ciencia mediante el estudio de acontecimientos que eran la huella o el rastro de objetos que no se podían observar, pero que se sabe que existen porque en primer lugar hacen parte de un objeto mayor que los contiene y en segundo lugar, dejan rastros. (Teoría de la incertidumbre de Heisemberg)

Lorenz, en su estudio del caos, indica que el orden no es sólo orden, que está acompañado del caos. Por ello estudiar el orden solamente, no es viable para conocer integralmente un objeto, si no se estudia además el caos y matemáticamente se ha demostrado que el caos tiene presencia dentro de los planos cartesianos y dimensionales. (La teoría de los fractales) y en el cosmos. De allí que la apreciación de lo que es ciencia haya variado.

Pero tendremos que volver a Popper para establecer el criterio efectivo de lo que es objeto de investigación y lo que es ciencia. Porque a pesar del cambio en el criterio, Popper no confunde lo que es objeto de investigación, con lo que es ciencia (Así lo explica en su escrito sobre psicoanálisis y pseudociencia), como si lo hacen muchos avezados juristas ávidos de reconocimiento.

Un grupo todavía más habilidoso, argumenta que el derecho es ciencia, porque la Escuela Europea de Juristas, está integrada por científicos del derecho y que si para los juristas Europeos el Derecho es ciencia, para los Latinoamericanos también, aseguran que tenemos un complejo de inferioridad. La pregunta que se les hace: ¿quien reconoció la calidad de ciencia del Derecho a los ilustres abogados europeos, los mismos juristas o la totalidad de los integrantes de la comunidad científica mundial? Pregunto además si dicho reconocimiento tuvo peritaje externo o interdisciplinario?, termino preguntándome, si la comunidad científica ya reconoce al derecho como ciencia? Y si no será por el contrario que los juristas europeos sufren de complejo de superioridad?

Otra crítica más que se suma al criterio del Derecho como ciencia es la que hace relación a la crítica que se le hace a Popper. Si la ciencia debe ser predictiva como es posible lograr tal predicción en el estudio de lo metafísico. Pregunta que se ha calificado de positivista, porque radicaliza la investigación en lo evidente, dilema que no ha sido desatado aún. Por ende no demostrable aún desde la falsación.

El aspecto metafísico del derecho versa sobre lo justo, aspecto que no deja que el derecho a través de sus leyes permita predecir los acontecimientos futuros. Los abogados dicen que por medio del derecho pueden lograr la convivencia social. Esto es falso, lo válido sería decir: "Esta sociedad fue condicionada mediante la fuerza (Ya sea militar, económica o de la costumbre) a aceptar una estructura jurídica viable para lograr armonía social", Ello no implica de otro lado que dicha armonía sea justa. De allí que si la

solución previsible sea el orden, el mismo no tuvo como parámetro el derecho, porque se desconoció el concepto de justicia. El sólo hecho de sometimiento implica injusticia.

Se nota además que se pretende dar calidad de científico e investigación a la sistematización de la información jurídica, a través de métodos de contextualización, como el pretendido auge de recoger líneas jurisprudenciales con base en los precedentes judiciales para detectar posturas jurídicas sobre un tema. Lo que simplemente es una sistematización del conocimiento, pero no una investigación científica, porque de todas maneras no todas las sentencias judiciales son producto de la realidad. Hay sentencias que son amañadas, otras que solucionan problemas concretos, interpartes y otras que a partir de un arreglo interpartes se generalizan, sin un método adecuado a la realidad social. Muchas de las sentencias de las Altas Cortes propenden por el equilibrio político y el interés estatal y ello puede obedecer muchas veces al capricho del gobernante de turno. Por ello la visión de Popper en torno a las pseudo ciencias debe revivirse en torno a teorizar sobre pseudo concepciones, que es al final lo que se hace en el derecho.

Conclusiones

Hasta tanto la comunidad científica no convalide el carácter científico del derecho en forma generalizada, en mi criterio el derecho sólo es objeto de conocimiento a través de otras disciplinas, artes y ciencias. Bajo los postulados Popperianos, es una simple pseudociencia.

Si se llegara a demostrar que el derecho es objeto de conocimiento, entonces es

viable la investigación en relación con dicho objeto desde muchas ópticas, la social, la ética, la bioética, la óptica jurídica, la religiosa, entre muchas. Lo que no podemos asegurar es que exista investigación socio-jurídica, ético-jurídica, religioso-jurídico.

Si entendemos el derecho desde la postura epistemológica, que consta de un doble contenido racional – empírico, es imposible hablar de ciencia, porque esta

no puede abarcar el aspecto empírico. Si lo entendemos desde el racional, cualquier ciencia que se utilice para estudiar el derecho se queda corta porque desconoce el aspecto empírico.

Los métodos tradicionales, de la deducción y la inducción, como hacen parte del esquema racional, no son suficientes para abarcar el estudio general del derecho. Se desconoce el método de la dialéctica materialista, que es válido para entender el derecho.

REFERENCIAS

- 1 Kirchman. 1961.
- 2 Walter. 1984.
- 3 Popper. 2006.
- 4 Tobón. 2002.
- 5 Kelsen. 1980.
- 6 Robert. 1984.
- 7 Kirchman. 1961.
- 8 Kelsen. 1994.

BIBLIOGRAFÍA

- Bachelard, Gastón (La Formación del Espíritu Científico) Editorial. Siglo XXI Méjico 1988.
- Bobbio, Norberto, Teoría General del Derecho, Traducción, de Jorge Guerrero. Ed. Temis 1992.
- Bunge, Mario. "La investigación científica: su estrategia y su filosofía", Barcelona, Ariel, 1970.
- Carnap, Rudolf. La superación de la metafísica mediante el análisis lógico del lenguaje 1967.
- Carnap, Rudolf. Fundamentación lógica de la física (1966), Madrid, Orbis Hyspamérica, 1985.
- Cardona Valencia, Rubén Darío y Díaz Cardona, William. Sociología y Derecho 2009. Apuntes.
- Cazau, Pablo. <http://www.geocities.com/justoferva/abr.html>. Buenos Aires, septiembre de 1997.
- Kelsen, Hans. La Teoría pura del derecho.
- Kelsen, Hans, ¿Qué es la Justicia?
- Popper. Karl R. Búsqueda sin término. Alianza Editorial S.A. 1ª reimpresión 2006.
- López, Medina, Diego Eduardo. La Teoría impura del Derecho. Universidad de los Andes, 2005.
- Mora, Ledesma, M y P. Sepúlveda (1999) Qué es investigar? En metodología de la Investigación. México. Limusa.
- Reich, Norberto. Teoría Pura del Derecho y Teoría Marxista del derecho. Editorial Temis, 1984.
- Reale, Miguel. Introducción al Derecho, Madrid, editorial Pirámide S.A., 1977.