

JAVIER ESQUIVEL PÉREZ

**Kelsen y Ross, formalismo
y realismo en la teoría
del derecho**



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

México 1980

Primera edición: 1980

**D R © 1980, Universidad Nacional Autónoma de México
Ciudad Universitaria. México 20, D F**

DIRECCIÓN GENERAL DE PUBLICACIONES

Impreso y hecho en México

ISBN 968-58-2723-0

A mi hija Leonora



P R E F A C I O

El propósito inmediato de esta obra, como lo indica su título, es comparar las concepciones acerca del derecho propuestas por Hans Kelsen y Alf Ross. La razón fundamental para haber escogido estos dos autores radica en el hecho de que puede considerárseles como los exponentes más representativos de dos corrientes especialmente importantes dentro de la filosofía jurídica: el formalismo y el realismo. Puede decirse que, no es posible encontrar otros teóricos en los que tanto los rendimientos y aciertos, así como los límites y dificultades de ambas posiciones, se presenten con más vigor y claridad.

La importancia de Kelsen es indiscutible; representó y encabezó por muchos años toda una corriente de pensamiento en la filosofía del derecho conocida con el nombre de "Escuela de Viena", cuya influencia se extendió rápidamente en el continente europeo.¹ Las doctrinas kelsenianas se propagaron posteriormente a América Latina, en donde puede decirse que despertaron numerosas y enjundiosas polémicas que aún no han terminado.

Esta corriente, denominada "formalismo jurídico",² puede inscribirse dentro de la tendencia más amplia de la jurisprudencia analítica, por más que esta última, sobre todo en sus desarrollos recientes a partir de Hart, se aparte del formalismo.

Alf Ross representa, por su parte, una vertiente específica llamada "realismo escandinavo", caracterizado desde sus orígenes en Hägerström por su oposición al formalismo kelseniano.³ De entre los continuadores más conocidos de este movimiento —Olivecrona, Lundstedt— es Ross quien logró formular la teoría más acabada e influyente.⁴

Contra lo anterior podría argumentarse que, si bien estos pensadores personifican de manera cabal dos corrientes filosófico-jurídicas, ambas pertenecen al campo del positivismo jurídico, razón por la cual su comparación representaría únicamente una controversia interna. Puede responderse a esto señalando que el nivel al que se plantea la comparación, corresponde al de teorías generales que ofrecen un aparato conceptual para analizar y describir el derecho positivo y que son relativamente independiente de las perspectivas éticas y axiológicas que postule el teórico en cuestión. En otros términos, nada hay que impida que un simpatizador de la doctrina jusnaturalista utilice y acepte, en principio, una teoría general, sea

¹ Métall, R. A. [I] y [II].

² Véase, por ejemplo, Preciado Hernández, Rafael, p. 46 y ss. y Bobbio [IV], cap. I.

³ Hägerström, Axel, pp. 267-274.

⁴ Su influencia se propagó también a la América Latina a través de las traducciones de varias de sus obras, hechas principalmente en Argentina.

formalista, sea realista, actitud de la que podrían darse no pocos ejemplos. Ciertamente, tanto Kelsen como Ross mantienen tesis muy semejantes con relación a la doctrina del derecho natural y a la posibilidad del conocimiento de valores últimos y absolutos, pero dichas tesis no son consecuencia necesaria de las mantenidas en sus respectivas teorías. Por estas razones, la comparación presentada en esta obra pretende ser también de utilidad para quienes, no compartiendo las tesis filosóficas del positivismo, creen que la elaboración de teorías generales acerca del derecho positivo contribuye a la comprensión de los fenómenos jurídicos.

Aparte de este propósito inmediato, el estudio quiere servir también, en alguna medida, para exponer la evolución de las ideas de los autores escogidos. Es bien sabido que la producción kelseniana se extiende por más de medio siglo y que durante este tiempo se registran desarrollos importantes en la misma que no son bien conocidos en castellano, dada la inexistencia de traducciones de textos tempranos y postreros. A la hora de Ross pueden aplicarse, aunque quizás en menor medida, los comentarios anteriores, por lo cual se extienden a ella los propósitos antes indicados.

Por último, la comparación puede servir también como una introducción a la problemática de la filosofía del derecho, en particular a la rama propiamente analítica de la misma. Si se distinguen en esta disciplina, como es común, una parte consagrada al análisis de los conceptos jurídicos básicos, otra a las cuestiones relativas a los valores que permiten la evaluación y la crítica del derecho, y otra consagrada a la consideración de la naturaleza y forma de los argumentos utilizados en el campo jurídico, las teorías en cuestión pueden verse fundamentalmente como aportaciones al análisis y elucidación de los conceptos jurídicos. En términos generales la teoría general del derecho señala los métodos y límites de la construcción de tales esquemas conceptuales, procediendo conforme a esas líneas a presentar los resultados del análisis.

I. INTRODUCCIÓN

Una comparación de teorías acerca del derecho supone que éstas se encuentran en un mismo nivel del conocimiento, es decir, que en términos generales se ocupan de una misma manera respecto de problemas más o menos semejantes, por lo que sus respuestas estarían constituidas por enunciados del mismo tipo. Esta suposición requiere que previamente se aclaren las características de la disciplina denominada "teoría del derecho", en particular su tarea, su objeto y su método.

Las teorías contempladas en este trabajo pueden situarse dentro de lo que en la tradición alemana se ha llamado desde el siglo XIX "Allgemeine Rechtslehre" (teoría general del derecho).¹ Esta disciplina surgió como una ciencia que pretendía ser independiente, tanto de la filosofía del derecho, considerada como una ciencia metafísica de los principios absolutos, como de los estudios de las ramas especiales del derecho: dogmática jurídica o ciencia jurídica particular. La primera había perdido el carácter de ciencia, y las segundas eran insuficientes, dado que suponían siempre el conocimiento de nociones jurídicas generales tales como: deber jurídico, derecho subjetivo, capacidad de la persona, etcétera.² La teoría general del derecho pretendía sustituir a la antigua filosofía del derecho de orientación jusnaturalista, presentándose como una exposición y sistematización de los principios generales que resultaban del estudio del derecho positivo. En palabras de Korkunov, "la filosofía no sería ya sino una ciencia más general, pero apoyada en pruebas experimentales",³

Una preocupación similar existía ya en Inglaterra, en donde a partir de Jeremías Bentham (1748-1832) y, sobre todo de John Austin (1790-1859), se desarrolló una disciplina conocida como "General Jurisprudence", que resulta equivalente a la teoría general existente en el Continente.⁴ En opinión de Austin la tarea de esta disciplina consiste en elucidar las nociones jurídicas fundamentales mediante un análisis del vocabulario distintivo del derecho, por una parte, y por la otra, en una clasificación de los términos, de tal suerte que el carácter lógico de sus interconexiones lógicas se presente claramente.⁵ En términos generales, esta concepción de la teoría general del derecho se ha mantenido hasta la fecha sin sufrir mayores modificaciones o precisiones.⁶

¹ Una breve referencia a la historia de esta disciplina, llamada también Enciclopedia Jurídica y Ciencia Jurídica General, puede verse en Korkunov.

² Véase Korkunov, p. 31.

³ *Ibid.*; véase también Friedmann, p. 222.

⁴ Coing, p. 50; Salmond, p. 10.

⁵ Austin, citado por Jaeger, p. 357 y ss.

⁶ Véase por ejemplo, Bobbio [1] y Friedmann.

Antes de iniciar una detallada comparación de las teorías de Kelsen y de Ross, es conveniente presentar sus ideas respecto a lo que es la teoría general del derecho.

PRIMERA PARTE
EXPOSICIÓN DE LAS TEORÍAS

II. LA TEORÍA PURA DEL DERECHO COMO TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

Al penetrar en la copiosísima producción teórica de Hans Kelsen se advierte una cierta confusión terminológica, que el autor no siempre se ocupó en aclarar.

Ya en el prólogo a la primera edición de los *Problemas capitales* hablaba de una "jurisprudencia dogmática" o "filosofía del derecho". A estas expresiones se añaden, a lo largo de toda su producción, la de "jurisprudencia normativa", "jurisprudencia positivista", "jurisprudencia analítica"; las de "ciencia jurídica" y "ciencia del derecho" y también las de "teoría del derecho", "teoría general del derecho", "teoría pura del derecho" e, incluso, "teoría del conocimiento jurídico". Esta desconcertante multiplicación es, en buena parte, aparente, pues desde su primer texto hablaba Kelsen de la tarea de obtener los conceptos jurídicos fundamentales.

En otros libros posteriores se ocupó de especificar con un poco más de detalle el significado de las expresiones anteriores, pero aludiendo siempre esa constante. La disciplina que a él le preocupó se interesa fundamentalmente en los conceptos jurídicos básicos. La expresión "jurisprudencia" designa varias disciplinas, entre ellas incluso la historia del derecho, empero bajo jurisprudencia en sentido estricto "considero aquí sólo a la jurisprudencia dogmática e incluso recurro a ésta sólo en tanto se ocupa de establecer los conceptos jurídicos fundamentales, en tanto es teoría general del derecho".¹

A partir de esos escritos tempranos es notorio que Kelsen habla casi siempre de la ciencia del derecho como una teoría general del derecho. Expresamente señala que la teoría pura del derecho es una teoría general del derecho.² En muchas ocasiones las diversas denominaciones obedecen a los contextos, según se quiera enfatizar su proximidad con la filosofía neokantiana o con la corriente inglesa de la "analytical jurisprudence".³ Sin embargo, más adelante se verá que la confusión entre ciencia jurídica y teoría general del derecho es a veces más que terminológica y tiene consecuencias serias al no delimitarse claramente el objeto, tarea y método de cada una.

Más claro se muestra Kelsen, en cambio, al separar la teoría general del derecho de la filosofía del derecho, entendiendo a esta última como una

¹ Kelsen [II], p. 10.

² Kelsen [XVII], p. 611.

³ Así, "teoría del conocimiento jurídico" y "jurisprudencia normativa" o "analítica", apunta diversas tendencias filosóficas.

disciplina que “busca responder la pregunta de qué reglas *debe* adoptar o establecer el derecho” y cuyo problema específico es la justicia.⁴

Hecha la aclaración terminológica parece indudable que, pese a la variedad de expresiones, la teoría pura del derecho es una teoría general del derecho. Conviene ahora revisar con más detalle la obra kelseniana para precisar las características de esta disciplina, y para ello pueden plantearse tres cuestiones que iluminen el tema: 1) ¿cuál es el objeto de que se ocupa?, ¿qué tipo de fenómenos le conciernen?; 2) ¿cuál es su tarea, su objetivo, su finalidad?, y 3) ¿de qué manera la lleva a cabo?, ¿cuál es el método que emplea?

1. Objeto de la teoría general del derecho

En términos generales, fue siempre claro para Kelsen que esta teoría se ocupa del derecho y más específicamente de las normas jurídicas. Es cierto que en su primera obra Kelsen restringía el campo de la teoría al reconocer como normas jurídicas sólo a las obtenidas de las leyes positivas.⁵ Con ello, rechazó, como lo hizo a lo largo de toda su obra, el ocuparse de las normas provenientes del derecho natural o de la moral. En esa primera época no extendía aún su campo de estudio a las normas jurídicas que más tarde llamaría particulares o individuales, tales como las sentencias, contratos, resoluciones administrativas, etcétera. Posteriormente habría también de ocuparse de las relaciones jurídicas constituidas por las normas, es decir, las relaciones entre las normas jurídicas y las relaciones entre los hechos determinados por ellas.⁶

Al señalar que la teoría se ocupa de las normas jurídicas se descarta también la idea de que se refiera, al menos directamente, a los hechos y a las acciones. La conducta humana es objeto de la teoría sólo en la medida en que es contenido de las normas jurídicas.⁷

Al señalar que la teoría se ocupa de las normas jurídicas se descarta lante. Sin embargo, hay que asentar ahora que en sus primeros escritos subrayaba Kelsen que, en tanto ciencia normativa, se dirigía al “mundo del deber ser”, a la “idealidad”, por oposición a las ciencias causales que se dirigen a la realidad.⁸ Su objeto, dice en otro lugar, no es empírico.⁹ Esta tesis no es fácilmente compatible con las afirmaciones posteriores, conforme a las cuales “la jurisprudencia normativa describe su objeto particular como cualquier otra ciencia empírica”.¹⁰

Los razonamientos de Kelsen al respecto son los siguientes: si la realidad

⁴ Kelsen [XXVIII], p. 131.

⁵ Kelsen [I], p. 509.

⁶ Kelsen [XX], p. 72.

⁷ *Ibid.*

⁸ Kelsen [II], p. 9.

⁹ Kelsen [IV], pp. 92 y ss.

¹⁰ Kelsen [XIII], p. 194; véase también [XX], p. 60, nota.

es la realidad de los hechos del ser, determinada por las leyes causales, el derecho pertenece a la idealidad —contenidos de sentido— y su estudio no lo hace una ciencia natural. Sin embargo, como las normas de que se ocupa la ciencia del derecho son únicamente las normas positivas, esto es, creadas en el tiempo y en el espacio por actos de voluntad humanas, en oposición a las normas provenientes de instancias suprahumanas, esta ciencia tiene objetos que se encuentran dentro de la experiencia y no se confunde con la metafísica.¹¹

Las preguntas que, de todas maneras, deben responderse más ampliamente son: ¿de qué se ocupa exactamente la teoría pura?, ¿en qué medida tiene carácter científico?, o, con más precisión, ¿qué se entiende por norma? y ¿de qué manera o con qué método se ocupa de las normas?

En este punto conviene recordar que la distinción entre la ciencia jurídica, como dogmática, y la teoría general, no es mantenida claramente y que, si bien ambas se ocupan de normas jurídicas, la distinción a que aludí anteriormente se hacía con respecto al propósito de la teoría. Las tareas de ambas se diferencian dada la mayor generalidad de la teoría general.¹²

2. Tarea de la teoría general del derecho

Se había señalado ya que con frecuencia habla Kelsen de la ciencia del derecho y de la teoría pura (como teoría general), como equivalentes. En consecuencia, al indicar los objetivos de la teoría se encuentran actividades muy diversas englobadas dentro de la caracterización muy general de “conocimiento del derecho”.

En primer término hemos visto que la teoría general se ocupa de “construir”, los conceptos jurídicos fundamentales como un “sistema lógicamente cerrado de conceptos jurídicos con validez universal”.¹³ Posteriormente se considerarán las consecuencias implícitas en tal pretensión, basta ahora señalar que para satisfacer estrictamente la construcción de un sistema lógico hubiese sido necesario cumplir con las exigencias de la construcción de un sistema deductivo y que Kelsen está muy lejos de haber proporcionado una formalización del aparato conceptual del derecho. En el mejor de los casos habrá logrado una “formalización parcial” que contiene numerosas incertidumbres sobre el exacto significado de muchos términos y sobre la especificación de cuáles serían los “primitivos” a partir de los cuales se deducen los demás.¹⁴ En cuanto a la validez universal de sus conceptos, es la expresión del viejo propósito de la generalidad de la teoría y de su pretensión de “captar todos los fenómenos jurídicos”.¹⁵ Hasta qué punto tales

¹¹ Kelsen [XX], p. 81, nota 2.

¹² Esto se verá más adelante. Véase Ebenstein, p. 50.

¹³ Kelsen habla también de “obtener”, “derivar”, “establecer”, etcétera, variaciones que tienen consecuencias metodológicas. Véase Kelsen [III], p. 959.

¹⁴ Sobre la formalización parcial véase Rudner, pp. 47-53.

¹⁵ Kelsen [XX], p. vii.

conceptos son universales y son los más adecuados es algo que se pretende responder a lo largo de este trabajo.

Sin embargo, el objetivo de la teoría general no queda agotado aquí, y Kelsen añade otras tareas, atribuyéndoselas indistintamente a la teoría pura y a la ciencia jurídica. Habrá así de "captar la forma del derecho positivo",¹⁶ de analizar su estructura,¹⁷ de ordenar, exponer o representar sistemáticamente el derecho positivo;¹⁸ de conocer y comprender las normas jurídicas positivas para ordenarlas según un punto de vista unitario, esto es, científico;¹⁹ de captar todos los fenómenos jurídicos mediante sus conceptos jurídicos básicos;²⁰ de precisar el lugar de la ciencia jurídica en el sistema de las ciencias y determinar su método,²¹ e incluso de establecer el sentido de las normas jurídicas mediante la interpretación.²²

En resumen, parece que el establecimiento de los conceptos jurídicos fundamentales hiciera posible los siguientes cometidos: 1) captar la estructura del derecho positivo, lo cual debe distinguirse del problema previo de la estructura de las normas, y concentrarse en el orden jurídico para establecer "el punto de vista unitario" que permita sistematizarlas; 2) conseguido este esquema de conceptos y principios ordenadores, se buscará la representación o descripción de los órdenes jurídicos particulares e históricos; 3) dar una teoría general de la interpretación; 4) establecer los posibles significados de las normas jurídicas mediante lo que Kelsen llamó interpretación científico-jurídica, y 5) precisar el lugar de la ciencia jurídica entre las ciencias y determinar su método.²³

Lo que es oportuno indicar ahora es que estas tareas no se encuentran en un mismo nivel y que cuando Kelsen escribe que "la función de la ciencia jurídica es conocer el derecho y con base en ese conocimiento describirlo",²⁴ alude con la expresión "conocer" a la de "conceptualizar" (*begreifen*), la formación de los conceptos y el análisis estructural que permiten "convertir el material dado a la ciencia jurídica en un sistema unitario y libre de contradicciones, en un orden jurídico".²⁵ En cambio, cuando habla de la descripción del derecho positivo,²⁶ parece estar pensando en el cometido (2), que corresponde, más bien, a la dogmática jurídica, disciplina que opera con el aparato conceptual y los principios explicitados por la teoría general. En cuanto a la interpretación, cabe señalar que puede contemplarse como problema teórico general o como problema de la dogmática

¹⁶ Kelsen [I], p. 92.

¹⁷ Kelsen [XX], p. 112; [XIII], pp. v-vi.

¹⁸ Kelsen [I], p. 7.

¹⁹ Kelsen [IV], p. 38.

²⁰ Kelsen [XX], p. vii.

²¹ *Ibid.*

²² *Ibid.*, pp. 352 y ss.

²³ En este resumen se evitan finalidades imprecisas, como "investigar la esencia del derecho positivo" o "crear el objeto de conocimiento", que se hallan también en Kelsen.

²⁴ Kelsen [XX], p. 74.

²⁵ *Ibid.*, pp. 74 y 112.

²⁶ *Ibid.*, pp. 70, 71 y 74.

jurídica particular, ya que es muy diferente el señalar las reglas generales de lo que constituye la interpretación, sus métodos y alcances, de la tarea concreta de interpretar normas específicas. Por ello dice Kelsen que su teoría proporciona una teoría de la interpretación, pero no es una interpretación de un orden jurídico en particular.²⁷

En suma, Kelsen no es explícito en lo que respecta a las relaciones ni a las diferencias entre la dogmática jurídica y la teoría general del derecho, así como tampoco en especificar la tarea de la primera. De ahí el uso amplio de "ciencia del derecho" para denotar ambas disciplinas. Sin embargo, la idea que subyace en sus exposiciones es al de que la dogmática, por su tarea particular, apenas merece ser llamada ciencia. Su exigencia de que la ciencia sea un sistema unificado de conceptos generales remite a una teoría general y la teoría pura es exactamente ese marco general. La relación entre teoría general y dogmática es la misma que hay entre la filosofía y las ciencias individuales en Kant. La primera establece los límites formales del conocimiento, las condiciones de posibilidad que preceden al conocimiento de lo real. Así, la teoría pura precede lógicamente a la ciencia jurídica particular y constituye una teoría del derecho posible.²⁸

Por último, no parece exacto que corresponda a la teoría general del derecho señalar su lugar dentro de las ciencias. Sería más fácil aceptar que esto concierne a la teoría general de la ciencia o a la filosofía de la ciencia (por ejemplo, decidir si es una ciencia empírica). Lo que es cierto es que al realizar sus tareas, la teoría general del derecho se coloca, quiéralo o no, dentro de alguna posición relativa a las clasificaciones hechas por la filosofía científica, en especial respecto a los métodos de que se sirve.

Otro problema, momentáneamente aplazado, lo constituye el saber hasta qué punto la teoría general se ve previamente orientada en su investigación por una filosofía. Así, por ejemplo, Kelsen excluye expresamente de las funciones de su teoría pura, en tanto "científica", la aprobación o censura de su objeto de estudio. Ella no tiene que legitimar ni justificar el derecho. La tarea evaluativa es eliminada del campo de la teoría general y de la ciencia para reservarla a la filosofía, a la moral, a la política jurídica y, en general, a la ideología.²⁹

3. Método de la teoría general del derecho

Es necesario advertir que la discusión sobre el método adolece también de la falta de distinción entre ciencia jurídica y teoría general. En lo que sigue se señalarán las líneas generales del pensamiento kelseniano con algunas precisiones.

²⁷ *Ibid.*, p. 1.

²⁸ Kelsen [XVII], p. 611; [VII], pp. 44 y ss.; Ebenstein, pp. 23 y ss.

²⁹ Kelsen [XX], p. 70 y ss.

Si se rastrea en las primeras obras de Kelsen, se encontrarán algunas ideas de lo que él entiende por “método”, así como la justificación de su primordial importancia. Afirma, en primer término, que en la ciencia no hay quizás un solo método en el sentido de un conjunto único de reglas que “condicionan la adquisición de ciertos conocimientos científicos”, equiparando expresamente al método con la técnica en el arte.³⁰ Al referirse al método como el camino para descubrir conocimientos, es obvio que tiene razón al apuntar que no hay límites ni recetas previas para el descubrimiento científico. No hay, en la terminología más moderna, una lógica del descubrimiento científico en el sentido de reglas predeterminadas e infalibles que conduzcan a él.³¹

Una mirada más penetrante revela que lo que Kelsen entiende por método es, empero, algo diferente de una lógica del descubrimiento y que su preocupación fundamental es encontrar un “principio metódico fundamental” que libere a la ciencia jurídica de “elementos extraños” pertenecientes a otras disciplinas, evitando con ello un “sincretismo metódico”. Es, en pocas palabras, la preocupación por separar ciertas disciplinas con objeto de garantizar, mediante la llamada “pureza metódica”, la autonomía de la ciencia del derecho.³²

Como presupuesto metodológico básico de su teoría, y de todo conocimiento, coloca Kelsen un principio “no demostrable”, “un dogma”: el dualismo entre ser y deber ser como conceptos que se excluyen y que constituyen una cosmovisión dualista. De dicha oposición surge el postulado metódico de la separación entre un punto de vista explicativo y un punto de vista normativo.³³

La caracterización de las disciplinas normativas hecha en los *Problemas capitales* es doble: negativamente se expresa en que tales ciencias no tienen que explicar el suceder de los fenómenos del mundo del ser, no son explicativas. Positivamente se manifiesta en que tienen por objeto normas, de las cuales han de derivar sus conceptos.³⁴ El método del ser es causal, explicativo de lo que sucede y se dirige a la realidad. El método del deber ser, en cambio, es normativo, pero no por crear normas sino porque trata de captarlas o comprenderlas, dirigiéndose a la idealidad.³⁵ La oposición entre ser y deber ser coincide, en opinión de Kelsen, con la oposición naturaleza-espíritu, realidad-fin y valor. Por esto, la ciencia del derecho es considerada como una ciencia del espíritu y no como una ciencia natural.³⁶

Este dualismo, heredado de Kant y de la filosofía neokantiana, tiene además la característica de ser puramente formal o conceptual. Kelsen subraya

³⁰ Kelsen [II], pp. 3 y ss.

³¹ Rudner, p. 6.

³² Kelsen [XX], p. 1; [II], pp. 3 y ss. Sobre la influencia de Kant en este punto véase Ebenstein, pp. 49 y ss.

³³ Kelsen [III], pp. 958 y ss.

³⁴ Kelsen [I], p. 6.

³⁵ Kelsen [II], pp. 9 y ss.

³⁶ Kelsen [IV], p. 38, y también Ebenstein, p. 59.

que se trata de un deber-ser "formal" que no tiene un contenido previo. La teoría del derecho sólo considerará, por lo tanto, la forma de los fenómenos jurídicos y otras ciencias se ocuparán de su contenido. Por esta razón los conceptos jurídicos fundamentales únicamente podrán contener elementos formales, lo cual llevó a Kelsen a denominar a la jurisprudencia con el símil, propuesto con ciertas reservas, de "geometría de la totalidad del fenómeno jurídico".³⁷ Es cierto que Kelsen no volvió a emplear esta comparación, reconociendo siempre que la oposición entre forma y contenido era relativa y problemática, por lo cual los conceptos jurídicos básicos eran sólo relativamente formales.³⁸

A partir de la distinción entre ser y deber ser formula Kelsen otro principio metódico supremo desde su primera obra. Se sostiene allí que los conceptos jurídicos fundamentales sólo pueden derivarse del derecho positivo y no de otro sistema de normas como la moral o el derecho natural.³⁹ Esta regla pretende delimitar el campo de la teoría del derecho frente a otras investigaciones como la ética y la doctrina del derecho natural, constituyendo una de las razones por las cuales la teoría ha sido llamada positivista. Esta preocupación por distinguir con claridad entre lo que *es* el derecho positivo y lo que desde tal o cual punto de valoración *debería ser*, es una de las más antiguas de Kelsen.⁴⁰

Igualmente basada en la oposición *ser deber-ser se encuentra otra regla fundamental*, consignada también en su primera obra y destinada a eliminar la constante confusión entre la pregunta *¿cómo deben comportarse los hombres según el derecho positivo?* y la cuestión *¿cómo se comportan de hecho?*⁴¹ Esta regla pretendía terminar con la mezcla de la teoría del derecho con la sociología, mediante una distinción entre el método causal explicativo y el método normativo.

La delimitación de la teoría jurídica con la ética y la doctrina del derecho natural se establece entonces reconociendo que aun cuando los objetos de todas ellas pertenecen al mundo del deber ser y por ello son ciencias normativas, la ciencia del derecho se ocupa de normas jurídicas positivas, esto es, puestas en el tiempo y en el espacio por actos humanos de voluntad y no de normas que son simplemente supuestas. En este sentido, se cree que el objeto ha sido especificado de tal manera que se garantiza la autonomía de la disciplina. La delimitación con la sociología jurídica, por su parte, se establece a través del método, ya que aunque ambas se ocupan del mismo "objeto", la diferencia de métodos, normativo en un caso y causal en el otro, asegura la independencia de la jurisprudencia.

Las consideraciones anteriores, sin embargo, no son ni suficientes para lograr la autonomía de la ciencia jurídica, ni satisfactorias para delimitar su objeto. Por lo que toca a la primera, la distinción entre normas "pues-

³⁷ Kelsen [I], p. 93.

³⁸ Sobre esto véase más adelante lo relativo a tales conceptos.

³⁹ Kelsen [I], p. 328 y 509.

⁴⁰ Métall [I], p. 7, y Kunz, pp. 15 y 16.

⁴¹ *Ibid.*

tas" y "supuestas" no es totalmente clara, ni suficiente. Kelsen mismo acepta la existencia indiscutible de normas positivas de carácter moral e incluso religioso. La maniobra se completa introduciendo una nota como diferencia específica: el carácter coactivo del derecho. Esta definición estipulativa permite distinguir el derecho de otros órdenes normativos sociales y constituye otra regla metódica que separa el campo de estudio de la ciencia jurídica. Su punto de partida, como lo reconoce Kelsen en varios pasajes, es el uso común y tradicional del término "derecho".⁴² Partiendo de tal uso se llega a una definición que pretende recoger las notas comunes a "todos los fenómenos denominados derecho",⁴³ cuestionando igualmente si tales características tienen la importancia suficiente para hacerlas "la base de un concepto capaz de servir al conocimiento de la vida social", aceptando que "podemos definir a nuestro arbitrio aquellos términos que deseamos emplear como herramientas en nuestro trabajo intelectual" y que "el único problema es saber si podrán servir para el fin teórico que les hemos asignado".⁴⁴ Como se ve, la bondad de una definición se juzgará conforme a criterios de utilidad científica y sólo *ceteris paribus* se preferirá al concepto que coincida con el uso común.⁴⁵ Todo esto parece significar que se rechaza la posibilidad de una justificación trascendente o trascendental que fuese de alguna manera *a priori*, colocándose más bien dentro de una justificación de tipo pragmática.

Por lo que se refiere a la segunda delimitación, no deja de ser desconcertante que se acepte que tanto la sociología como la ciencia jurídica tengan el mismo objeto⁴⁶ y diferente método, sosteniéndose a la vez la tesis de que "el método crea el objeto". Tratándose de métodos diferentes e incluso incompatibles, las disciplinas así constituidas y sus respectivos objetos de conocimiento no podrían tener nada en común, a no ser que se postulara un tercer método unificador. El abismo infranqueable y la consecuencia más grave para la teoría pura sería que se quedaría condenada a considerar entidades normativas ideales desconectadas *ad inilio* y *ad eternum* del mundo de la conducta real. El recurso de Kelsen es nuevamente la introducción de notas específicas, en este caso la eficacia y la positividad, como parte de la definición del derecho. Los principios metodológicos aparecen claramente como definiciones que delimitan el área de estudio y cuya justificación no es puramente epistemológica, trascendental y *a priori*, sino que contiene una alta dosis de pragmatismo.

Puede advertirse que la definición de derecho positivo lo delimita de otros órdenes normativos con los cuales comparte la pertenencia al mundo del deber ser, colocándosele las notas de social y coactivo. Además, para evitar que un conjunto de normas coactivas promulgadas por actos de vo-

⁴² Kelsen [XIII], pp. 4 y ss., y [XVII], p. 611.

⁴³ Kelsen [XVII], p. 611.

⁴⁴ Kelsen [XIII], p. 4.

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ Kelsen [XVII], p. 611.

luntad pero inoperantes se conviertan en objeto del estudio de la ciencia jurídica, se añade la propiedad de la eficacia.

Una vez explicitados los principios metódicos básicos es más fácil elucidar su naturaleza. En este punto la afirmación clave es, quizá, la tesis de que "el método crea el objeto", es decir, que en nuestro caso el método para conocer el derecho "creará" a éste como objeto de conocimiento. La tesis, no muy clara, afirma que el objeto y el método de una ciencia son inseparables. "Objeto" y "método" no designan dos conceptos diferentes, sino dos aspectos de la misma función cognoscitiva. Esto lo ilustra Kelsen con el ejemplo de que si un objeto es designado como "empírico", sólo podrá ser obtenido por un método empírico, en tanto que un método normativo sólo podrá permitir el acceso a un objeto de conocimiento consistente en normas.⁴⁷ El uso de diversos métodos "crearía", en consecuencia, diversos objetos de conocimiento y por tanto ciencias diferentes.

Lo más relevante en esto es la intención kelseniana de establecer reglas metódicas con objeto de delimitar el campo de una investigación, ya que, consciente de las mezclas del pasado, pretende ocuparse de un solo tipo de problemas, estableciendo así los límites y alcances de la ciencia jurídica. Tales principios metódicos fundamentales son más bien reglas que definen una disciplina y que, en consecuencia, delimitan tanto el tipo de pregunta como de respuesta admisible. En este sentido es una empresa legítima ya que el investigador puede delimitar, mediante una serie de definiciones, el campo de su investigación.⁴⁸

Ciertamente que, aun aceptando como lícita la intención kelseniana, conviene avanzar un poco más a fondo en ella recordando lo que escribe su autor:

Es también correcto que, en el sentido de la teoría kantiana del conocimiento, la ciencia del derecho como conocimiento del derecho, así como todo conocimiento, tienen carácter constitutivo y por tanto "crea" su objeto en tanto lo concibe como un todo pleno de sentido. Así como, sólo a través del conocimiento ordenador de la ciencia el caos de las percepciones sensibles se convierte en cosmos, es decir, se convierte en naturaleza como un sistema unitario, así la profusión de normas jurídicas generales e individuales establecidas por los órganos jurídicos, esto es, el material dado a la ciencia del derecho, sólo mediante el conocimiento de la ciencia del derecho se convierte en un sistema unitario y libre de contradicciones, en un orden jurídico. Pero esta "creación" tiene un carácter puramente epistemológico. Es algo completamente distinto de la creación de objetos mediante el trabajo humano o de la creación de normas mediante la autoridad jurídica.⁴⁹

⁴⁷ Kelsen [IV], pp. 92 y ss.

⁴⁸ Sobre la situación confusa de la jurisprudencia en el último cuarto del siglo XIX, véase Recaséns Siches, pp. 41 y ss. Para un balance de la tesis kelseniana contra el sincretismo metódico puede consultarse Weinberg, pp. xi y ss.

⁴⁹ Kelsen [XX], pp. 74 y ss.

En este largo párrafo lo que el filósofo trata de comunicar va más allá de la delimitación metódica, más o menos convencional, de una disciplina, y alude claramente a los problemas centrales de la epistemología y de la ontología. En un terreno más cercano a la teoría del derecho importa recalcar que aceptada la existencia de un material *jurídico*, determinado como tal mediante una definición previa, la creación lógica o metódica del objeto consiste en la sistematización “plena de sentido” de dicho material.

Los puntos que conviene destacar para su tratamiento posterior son los siguientes: la expresión “un todo pleno de sentido” requerirá ser aclarada.⁵⁰ Unido a esto va la demanda de una mayor precisión respecto a la llamada “sistematización” y, por último, las consecuencias que tendrá para el carácter descriptivo de la ciencia del derecho el hecho de que libere de sus contradicciones al material jurídico.

Los principios o postulados metódicos kelsenianos serán mejor comprendidos si se consideran brevemente los problemas que Kelsen quería resolver con su ayuda, así como los supuestos filosóficos que aceptaba. Sobre esto último, se sabe que la distinción ser deber-ser, como dos formas del conocimiento y no como dos formas de ser, esto es, como categorías del pensamiento o formas *a priori* del conocimiento y no como categorías ontológicas, es un supuesto de toda la teoría pura.⁵¹ Por otra parte, aceptando la tesis idealista kantiana de que el conocimiento crea las condiciones de inteligibilidad del objeto, con el consiguiente rechazo de la “cosa en sí”, se sigue que un objeto normativo sólo podrá obtenerse mediante un método normativo.⁵²

Kelsen estaba convencido de que el uso de diversos métodos “crearía” diversos objetos que confundirían la investigación, y esta convicción se fundaba no sólo en su idealismo filosófico, sino más bien en que creía que las mezclas del pasado sólo podían evitarse estableciendo claramente los límites y alcances de la teoría general del derecho. El método servía aquí para constituir una ciencia autónoma que trata de comprender al derecho como norma o como contenido de una norma.⁵³ Con ello rechazaba no solamente el método causal-explicativo tradicional, sino también el principio metodológico de Stammler conforme al cual la teleología era la categoría adecuada para entender al derecho.⁵⁴

En resumen, puede decirse que el sentido en que Kelsen usa la expre-

⁵⁰ En alemán *sinnvolles Ganzes*, que Martín Oviedo traduce como “un todo con sentido único y total”, p. 25; una expresión similar es usada también por Ross: “todo coherente de significado” [II], p. 29.

⁵¹ Oviedo, pp. 5 y ss.

⁵² Oviedo, pp. 23 y ss.

⁵³ Kelsen [XX], p. 72.

⁵⁴ La confusión entre ciencia jurídica y ciencia natural era tan grave que Felix Kaufmann no vaciló en decir que la separación del método jurídico y el método causal constituía “el hecho más significativo de la filosofía del derecho de los últimos dos decenios”. Véase Kaufmann [I], p. 59. Sobre la refutación a Stammler que prueba que la teleología se reduce a la causalidad, véase Kelsen [I], y Ebenstein, pp. 21 y ss.

sión "método" es el de un conjunto de principios o reglas que delimitan y constituyen el campo de una disciplina. Más adelante se verá, en el apartado dedicado al método, si son principios de la ciencia jurídica o de la teoría general, así como su relación con la construcción del aparato conceptual relativo al derecho y otros problemas.



III. LA TEORÍA DE ALF ROSS COMO TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

Se hizo notar anteriormente que Kelsen no distingue con toda claridad la ciencia del derecho de la teoría general. En el caso de Ross es posible, teniendo presente lo anterior, plantear las cuestiones relativas al objeto, tarea y método de la teoría general aludiendo a la distinción.¹

A. CIENCIA DEL DERECHO

1. *Objeto de la ciencia del derecho*

Aceptando la opinión tradicional de que la ciencia del derecho o dogmática jurídica se ocupa únicamente del derecho positivo, Ross sostenía en su primera época, que el objeto de tal disciplina estaba constituido por la conducta humana, entendida como fenómenos psicosociales.² En oposición franca a la concepción normativa en general y a la kelseniana en particular, negaba que el derecho fuesen normas y no hechos. Sin embargo, tampoco aceptaba el punto de vista del realismo norteamericano, según el cual, el derecho podía reducirse a hechos sociales.³ La inclusión de las realidades psicológicas constituía la aportación específica del realismo escandinavo.

El concepto de norma recibió entonces una interpretación, que según se verá más adelante, la presentaba como expresión que refleja y crea actitudes, pero sin ser un contenido ideal objetivo que requiriese un conocimiento "normativo" específico.⁴ La ciencia del derecho era una rama de la doctrina de la conducta humana, en particular de la teoría social.⁵

El enfoque anterior se ve matizado en las posteriores exposiciones de Ross, en las cuales insiste todavía en rechazar al conocimiento jurídico como normativo por basarse en la distinción entre ciencias del ser y ciencias del deber ser, argumentando que desde una perspectiva empirista moderna tal distinción no tiene ya cabida, por lo cual, la ciencia del derecho es una ciencia social empírica que tiene por objeto órdenes jurídicos determinados.⁶ Sin embargo, reconoce que el derecho consiste en "fenómenos y normas" y que la ciencia del derecho en sentido estricto se ocupa de las nor-

¹ La atención se centrará en la última versión del pensamiento de Ross, en especial [II], [II] y [IV], aunque no sin señalar sus opiniones más cercanas al realismo escandinavo: Ross [I].

² Ross [I], p. 89.

³ *Ibid.*, p. 120.

⁴ *Ibid.*, pp. 108 y ss.

⁵ *Ibid.*, pp. 89 y 119.

mas.⁷ Claro está que Ross propondrá un concepto tal de norma que participe de las ventajas de las entidades empíricas y verificables de las que carecen los “sentidos ideales”, sin que al mismo tiempo se produzca una reducción de las normas a los hechos.

2. Tarea de la ciencia del derecho

En su periodo realista se enfrentó Ross críticamente a la posición tradicional, aceptada por Kelsen, de que la tarea de la ciencia jurídica o dogmática era reproducir sistemáticamente las normas jurídicas mediante su interpretación, esto es, edificarlas por ese medio en un sistema.⁸ Esta posición partía del falso supuesto de que tal disciplina se ocupaba de los contenidos ideales, el cual se venía abajo al demostrarse que su verdadera naturaleza era la de una ciencia social que estudia tres factores de la realidad psicofísica que constituyen el llamado fenómeno jurídico. Ross intentó, además, reducir a estos elementos los tres de la teoría tradicional: compulsión (coacción), validez e interdependencia entre ellos.

En primer término, la validez había sido considerada como elemento supraempírico y metafísico; aun en Kelsen, con todo y su rechazo a la metafísica axiológica, constituía un deber ser normativo entendido como “categoría o esfera de la existencia coordinada con la realidad”, pero radicalmente distinta de ella. Para Ross esta categoría se ve reducida a una nueva expresión racionalizada de ciertas vivencias emocionales y de ciertas actitudes reales de conducta. Ambas son desinteresadas en el sentido de que han sido creadas por una sugestión social que provee a tales racionalizaciones con una ilusión de objetividad.⁹ El elemento normativo es recogido, pero dándole otra interpretación que difiere de las teorías normativas,¹⁰ es decir, entendiéndolo como expresión de experiencias psicológicas particulares.¹¹

En lo que concierne a la compulsión, entendida en la tradición positivista como el hecho de que las pretensiones jurídicas se basan en un mecanismo efectivo de coacción mantenido por el Estado,¹² señala Ross que no es una parte necesaria del derecho en el sentido de que cada regla deba ser sancionada por una compulsión, pero sí es indispensable en el sentido de que un sistema para ser jurídico tiene que basarse en algún punto en la coacción.¹³ A este factor lo llama “la actitud de conducta *interesada*” por estar determinada por el temor, esto es, el interés en evitar la conducta que pueda provocar un castigo.

⁶ Ross [II], pp. xiii, 11 y 21.

⁷ Ross [III], p. 19.

⁸ Ross [I], pp. 63 y 109.

⁹ Ross [I], pp. 39, 56, 88 y 92.

¹⁰ Radbruch, Lask, Kelsen,

¹¹ Ross [I], p. 57.

¹² *Ibid.*, p. 122.

¹³ *Ibid.*, p. 125.

Por último, la interacción real e inductiva entre ambos factores radica en que la existencia de uno tiende a causar y a dar estabilidad al otro y viceversa. Es inductiva precisamente porque los dos factores se evocan y tienden mutuamente a mantenerse estables. A medida que el poder coactivo y eficaz se establece como válido, esta validez tiende a mantenerlo estable, reforzándolo y sujetándolo a reglas ideológicas.¹⁴

Es claro entonces que Ross rechaza la idea de que la dogmática tradicional fuese ciencia, ya que no consistía sino en un conjunto de racionalizaciones sin significado teórico. De acuerdo con su interpretación, la ciencia del derecho trata de fenómenos y, por tanto, las proposiciones jurídicas de tal ciencia no pueden separarse de los fenómenos sociales, es decir, no pueden reproducir sistemáticamente el derecho si se les independiza de la conducta y propósitos sociales. La ciencia jurídica, en tanto parte de la teoría social, es un conocimiento de hechos, de la participación de las racionalizaciones como elementos del fenómeno jurídico. La dogmática jurídica no es considerada inútil, sino reinterpretada para darle un rango verdaderamente científico.¹⁵

En sus obras posteriores insiste Ross en que la tarea de la ciencia del derecho es exponer sistemáticamente el derecho vigente en un tiempo y lugar determinados, sin perder su carácter de disciplina empírica.¹⁶ En ellas sin embargo, su concepto de norma es más refinado, ya que señala que están compuestas de dos elementos relacionados de una cierta manera: una directiva y ciertos hechos sociales. Las directivas tienen un contenido abstracto que la ciencia del derecho debe descubrir y exponer al describir el derecho vigente.¹⁷ De este modo es posible interpretar la conducta normativa y no causalmente, comprendiendo los actos humanos sociales mediante un sistema de normas "como un todo coherente de significado y motivación".¹⁸ Así como las "movidas" del juego de ajedrez no se encuentran en una relación mutuamente causal, sino que su conexión está establecida por reglas, la conexión entre los fenómenos jurídicos es también "de significado".¹⁹

Desafortunadamente Ross no explica con detalle estas expresiones; se limita a ilustrarlas con el ejemplo del juego de ajedrez, dejando claro únicamente que las normas o reglas son una condición necesaria de la comprensión y de la existencia de tales fenómenos como actos jurídicos o movidas de ajedrez.

Una novedad importante consiste en la función predictiva que, dentro de ciertos límites, parece atribuírsele ahora a la ciencia jurídica, ya que no obstante que Ross reconoce que tales predicciones poseen una probabilidad limitada, esta función no es concebible para la teoría pura de Kelsen. Tal

¹⁴ *Ibid.*, pp. 90 a 94.

¹⁵ *Ibid.*, pp. 117 y ss.

¹⁶ Ross [II], pp. 197; [III], 12.

¹⁷ Ross [II], pp. 9 y 19.

¹⁸ Ross [II], pp. 17, 29; [III], p. 45.

¹⁹ Ross [II], p. 13 y ss.

parece que el convertir a la ciencia del derecho en ciencia social empírica lo condujo a postular tal función.²⁰

Como consecuencia de su división del derecho en fenómenos jurídicos y directivas en correlación mutua, el estudio del derecho se divide en dos ramas especiales. Del derecho en acción se ocupará la sociología jurídica, y la ciencia jurídica se ocupará de las directivas o normas. Esta última descubre el contenido ideal que funciona como esquema de interpretación para los fenómenos, exponiendo además este contenido ideal como un sistema integrado.²¹ En este punto Ross acepta que es una ciencia normativa, pero específica que lo es porque se refiere a normas y no por estar compuesta de normas. A pesar de las diferencias que señala (se verán más tarde), su posición es ahora muy semejante a la de Kelsen.²² Advierte, además, que ambas disciplinas no pueden separarse y que sus límites no son claros, por descansar en una diferencia relativa al enfoque y al interés.²³

3. Método de la ciencia del derecho

La diferente concepción que tiene Ross de la ciencia jurídica lo lleva a decir que cambiará necesariamente también el método tradicional de la misma. Al no tratarse ya de un "sistema lógico inmanente, sino el epítome de expresiones racionalizadas, cuyo entero valor práctico y real depende de que se dan en relación íntima con un conjunto de actitudes de conducta real", resulta imposible tratar de presentar las proposiciones de la ciencia jurídica como determinadas sistemáticamente y de acuerdo con su significado y coherencia lógicos exclusivamente. Estas han de ser vistas "como elementos reales que, siendo expresiones de ciertas *actitudes de conducta* entran como partes de una realidad social más amplia que las comprende".²⁴ La ciencia del derecho ha de salir de un "formalismo constructivo y ficticio" para integrarse en una teoría social. Aparentemente se trataría de abandonar el método lógico-formal por un método empírico de las ciencias sociales. Sin embargo, Ross no es muy explícito en esta obra; se limita a señalar que la ciencia jurídica tradicional no es "una doctrina de la conducta real, sino de derechos y deberes, esto es, que se relaciona con calidades... completamente diferentes de los meros hechos", lo cual produce "una ambigüedad fundamental en el concepto y método de la ciencia jurídica", la cual es disuelta por vez primera en su teoría.²⁵

No es sino hasta obras posteriores cuando Ross aclara un poco este tema. Así, en el prólogo de *Sobre el derecho y la justicia* (Ross [II]), escribe que la idea principal de la obra es desarrollar los principios empiristas en

²⁰ Ross [II], pp. 17 y 34; [III], p. 45.

²¹ Ross [II], p. 19.

²² *Ibid.*, p. 9 n. 29 y p. 19.

²³ *Ibid.*, p. 20.

²⁴ Ross [I], p. 18.

²⁵ *Ibid.*, p. 121.

el campo del derecho, sometién dose a la "exigencia metodológica de que el estudio del derecho siga los tradicionales patrones de observación y verificación que inspiran a toda la ciencia empírica moderna".²⁶ Recalca que la diferencia entre el dominio de la ciencia y la filosofía jurídicas no es muy definida, pero que, no obstante, hay una diferencia de métodos, reservando a la filosofía el método del análisis lógico y colocando a la ciencia del derecho entre las ciencias de métodos empíricos. Obviamente que su intención es criticar y rechazar la postura tradicional y en particular la kelseniana de que el conocimiento del derecho es específico y diferente del conocimiento empírico. En consecuencia tampoco puede hablarse de dos métodos diferentes: uno empírico que capte los fenómenos físicos y psíquicos en el tiempo y en el espacio, y otro normativo que capte entidades ideales no perceptibles por los sentidos: "toda ciencia... se ocupa del mismo cuerpo de hechos y todos los enunciados científicos acerca de la realidad... están sometidos al *test* de la experiencia".²⁷ Parecería que incluso llegase a desaprob ar el empleo de conceptos que no se refir an directamente a hechos observables, como por ejemplo el de "validez".²⁸

Esta insistencia empirista, característica del realismo escandinavo, no llega sin embargo mucho más allá de la expresión de un rechazo de la tesis tradicional en favor de la posición positivista y empirista. Al no especificar las características de una metodología de las ciencias sociales, ni los modelos de explicación que podrían utilizarse en la ciencia del derecho, lo único que se propone es estudiar la conveniencia de abandonar el método normativo en favor del empírico, cuestión que se verá con más detenimiento al analizar el concepto de norma y el significado empírico que recibe.

B. FILOSOFÍA DEL DERECHO

El primer capítulo de Ross [II] se denomina precisamente "Problemas de la filosofía del derecho" y se inicia con un párrafo acerca de la terminología. En él se nos recuerda la variedad de expresiones con que puede identificarse la *jurisprudence* angloamericana: la filosofía del derecho, la ciencia o teoría general del derecho y la Enciclopedia Jurídica. Ross advierte que llamará filosofía del derecho a los estudios que se caracterizan a continuación y que se identifican con la jurisprudencia analítica inglesa.²⁹

1. Objeto de la filosofía del derecho

Inicialmente y sin ofrecer mayores explicaciones, postulaba Ross que el objeto de la filosofía del derecho lo constituyan los conceptos jurídicos fun-

²⁶ Ross [II], p. xiii.

²⁷ *Ibid.*, pp. 1, 63 y ss.

²⁸ Ross [III], pp. 12 y 13.

²⁹ Ross [II], pp. 1 y ss.

damentales, entendidos como “los conceptos implícitos en toda proposición jurídica”, los cuales pretenden formar un sistema o concepción que permita “una verdadera visión de la realidad”.³⁰ Como ejemplos de los mismos citaba: obligación jurídica, derecho subjetivo, fuente del derecho, derecho positivo o vigente, etcétera... Dado que su noción de “proposición jurídica” no era muy clara (se verá al hablar de la norma), aun cuando se advertía la intención de separar el nivel de la ciencia jurídica del nivel de la filosofía del derecho, hubo que esperar obras posteriores para precisar el objeto de la filosofía jurídica.

En las primeras líneas de [II] escribe Ross que la *jurisprudence* se distingue de otras ramas del conocimiento jurídico “por sus problemas, objetivos, propósitos y métodos”.³¹ Se ocupa, continúa, de problemas generalmente diferentes de la exposición del derecho vigente: dogmática. Dentro de ellos el autor distingue tres áreas: 1) las cuestiones del propósito o idea del derecho, centradas alrededor de la justicia y el derecho natural que dan “validez” al derecho; 2) la investigación de la interacción del derecho y la sociedad que tiene un carácter sociohistórico, y 3) el problema del concepto del derecho. De estas tres áreas, que de algún modo corresponden a la división de jurisprudencia ética, jurisprudencia sociológica y jurisprudencia analítica, Ross llama filosófica a la última e indica que se ocupa de los conceptos fundamentales comprendidos en el concepto de derecho como por ejemplo: fuentes del derecho, sujetos del derecho, deber jurídico, normas jurídicas, sanción, etcétera. Otros conceptos “no esenciales” como derecho personal, real, culpa, intención, etcétera, pueden ser también incluidos, pero su tema principal, dice más adelante, es el de los conceptos fundamentales de alcance general como el de derecho vigente, que no son objeto de ninguna especialidad.³²

Como es claro que tales conceptos aparecen o están supuestos en la ciencia jurídica dogmática, el objeto de la filosofía del derecho no será ya el derecho, sino el lenguaje científico, el aparato conceptual de la ciencia del derecho. En este sentido Ross se declara suscriptor de la filosofía empirista moderna, según la cual la filosofía no tiene un objeto propio diferente del objeto de las ciencias y que constituya una realidad de más alto nivel o más importante que la sensorial.³³ La diferencia de niveles entre el derecho. En este sentido Ross se declara suscriptor de la filosofía empíricamente, y Ross da a entender que se trata de una diferencia de niveles de lenguaje, la cual podría continuarse *ad infinitum*.³⁴

Como consecuencia, el *status* alcanzado por la ciencia jurídica particular determinará, en buena medida, la temática de la filosofía del derecho, por lo que Ross señala que en Inglaterra, donde la elaboración y análisis de los conceptos jurídicos por la dogmática está poco desarrollada, la filosofía del

³⁰ Ross [I], pp. 21 y ss.

³¹ Ross [II], p. 1.

³² *Ibid.*, pp. 25 y ss.

³³ *Ibid.*, pp. 25 y ss. y 30.

³⁴ *Ibid.*, p. 26 n. 36.

derecho tiende a aumentar su dominio, ocupándose de conceptos como dolo, culpa, etcétera, lo cual constituiría repeticiones de trabajo en otros sistemas. Los límites entre filosofía y ciencia jurídica no son, pues, exactos y universales, razón por la cual Ross prefiere hablar más de los problemas típicos de la filosofía que de un objeto único de la misma.⁸⁵

Recuerda, por último, que la filosofía del derecho puede, en principio, ocuparse tanto de los conceptos de la ciencia del derecho como de los de la sociología jurídica, aunque los utilizados en esta última son comunes a la sociología general. Por ello se restringe Ross a los conceptos de la ciencia del derecho añadiendo, sin embargo, que se ocupará también de “problemas jusfilosóficos relativos a la política jurídica”, esto es, al análisis lógico del pensamiento político-jurídico, en particular a las doctrinas del derecho natural y a las concepciones de la justicia.⁸⁶

2. Tarea de la filosofía del derecho

Dado que la ciencia jurídica opera con un sistema o aparato de conceptos que no cuestiona, la filosofía del derecho hará de tales conceptos jurídicos fundamentales “objeto de directo análisis”.⁸⁷ Este análisis es, en opinión de Ross, absolutamente urgente en virtud de las contradicciones existentes en las modernas concepciones jusfilosóficas, producidas principalmente por el dualismo subyacente en el concepto del derecho. En efecto, “el derecho es concebido al mismo tiempo como un fenómeno susceptible de observación en el mundo de los hechos y como una norma obligatoria en el de la moral o de los valores; al mismo tiempo como algo físico y metafísico, como empírico y *a priori*, como real y como ideal, como algo que existe y algo que vale, como un fenómeno y una proposición”.⁸⁸

Los intentos de disolver las antinomias inmanentes a tal concepción han fracasado por tratar de evadir el dualismo eligiendo uno de sus componentes, sea la realidad (realismo sociológico), sea la idealidad (normativismo kelseniano), en lugar de superarlo mediante una correcta interpretación de las nociones de realidad y validez.⁸⁹ La tarea del filósofo, decía Ross, consiste en reinterpretar consciente y coherentemente las concepciones realistas para lograr un sistema conceptual adecuado para “una verdadera visión de la realidad”. Huelga decir que al reconstruir sobre esta base los conceptos, en particular el de derecho, el dualismo quedará reducido y disueltas las antinomias.⁴⁰

En *Sobre el derecho y la justicia* continúa Ross sosteniendo la idea de que el propósito de la filosofía del derecho es hacer un análisis lógico más

⁸⁵ *Ibid.*, p. 26.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 27.

⁸⁷ Ross [I], p. 22.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 15.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 17.

⁴⁰ *Ibid.*, pp. 21 y ss. y 87.

detallado del aparato conceptual de las ciencias jurídicas especializadas.⁴¹ Fiel al postulado empirista radical añade que como “todas las proposiciones acerca del derecho se refieren, en último análisis, a una realidad social, el fundamento de la filosofía del derecho tiene que ser una perspectiva sociológica”.⁴² En otras palabras, que las proposiciones de la ciencia jurídica, en tanto ciencia social, están sometidas al *test* de la experiencia, y por tanto la tarea de la filosofía jurídica debe consistir en darle significado empírico a todos los conceptos jurídicos fundamentales; así, por ejemplo, se debe interpretar la “vigencia del derecho” en términos empíricos de efectividad social, esto es, como una cierta correspondencia entre un contenido normativo ideal y los fenómenos sociales.⁴³

En términos generales puede decirse que para Ross la tarea de la filosofía del derecho es reformular los conceptos jurídicos fundamentales dentro de un sistema sin contradicciones ni dualismos que tenga una interpretación puramente empírica. En *Hacia una ciencia realista del derecho* creyó haber demostrado que la construcción de sistemas conceptuales metafísicos que pretenden explicar el dualismo realidad-validez está destinada al fracaso. Ni la teoría tradicional jusnaturalista, ni la escuela histórica del derecho, ni la filosofía del derecho hegeliana y neohegeliana han podido resolver las antinomias.⁴⁴ Por otro lado, tanto el realismo sociológico norteamericano, como el normativismo kelseniano, a pesar de la correcta orientación del primero y la coherencia lógica del segundo, no sirven como base teórica para la ciencia del derecho.⁴⁵

La solución la encuentra en un “verdadero realismo” que rechaza el dualismo, pero que postula como hipótesis que la validez ha de recibir una interpretación psicofísica que vaya más allá del realismo puramente sociológico.

Al avanzar en la obra de Ross se advierte que en relación con el concepto de fuentes de derecho dice que la tarea de la filosofía del derecho es establecer e identificar los tipos generales de fuentes que, de acuerdo con la experiencia, aparecen en todos los sistemas jurídicos maduros.⁴⁶ Páginas más adelante, a propósito de la distinción entre derecho público y privado, señala que el elaborar un esquema racional de sistematización “es tarea obvia de la filosofía del derecho”, entendiéndolo por ella la división sistemática o clasificación fundada en criterios relevantes que ayuden al análisis del material jurídico, revelando problemas y descubriendo semejanzas y diferencias.⁴⁷ De aquí concluye que, dado que una clasificación “no puede

⁴¹ Ross [II], p. 25.

⁴² *Ibid.*, p. 27.

⁴³ *Ibid.*, pp. 66 y ss. Es importante hacer notar que en la versión inglesa se lee *validity*, lo cual suscitó confusiones porque se trataba más bien de vigencia. Véase *ibid.*, p. 12, nota.

⁴⁴ Ross [I], p. 40.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 16.

⁴⁶ Ross [II], p. 75.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 197. Ross equipara aquí indebidamente la tarea sistematizadora con la clasificación.

intentarse sin concepciones previas”, en el área de la clasificación sistemática “la tarea de la filosofía jurídica se reduce a revisar y refinar los conceptos tradicionales”.⁴⁸

En este momento surge la duda de si la tarea de la filosofía del derecho es puramente de análisis y clasificación de conceptos, y cuando más de refinamiento de los mismos, o si puede no sólo reinterpretar estos conceptos sino incluso proponer nuevos marcos conceptuales. Esta cuestión se relaciona directamente con el método filosófico aceptado y por esa razón se reserva para el apartado relativo.

Sea cual fuere el alcance de esta tarea positiva —análisis o construcción de marcos categoriales—, existe también un aspecto negativo igualmente importante. Así, el análisis de ciertos conceptos que parecen estar más allá de una teoría general es llamado por Ross “crítica de la filosofía del derecho natural”.⁴⁹ El análisis filosófico muestra entonces que ciertas concepciones, como la de que los derechos subjetivos naturales son objetivamente cognoscibles, son equivocadas y se oponen al correcto análisis de una teoría realista.⁵⁰ Esta fase crítica de la filosofía del derecho se advierte con mayor fuerza en el análisis de la idea de justicia que lleva a Ross a concluir que “justo” e “injusto” como términos aplicados para caracterizar reglas generales o sistemas jurídicos “carecen de significado”.⁵¹ Una parte muy importante de la filosofía se concentra entonces en el análisis y crítica de concepciones tradicionalmente aceptadas como verdaderas y significativas. Con esta actitud va implícita una tendencia a negar a la filosofía jurídica toda posibilidad de una función evaluadora y justipreciadora objetiva, característica del positivismo y el relativismo.

3. Método de la filosofía del derecho

El sistema conceptual construido por Ross está “anunciado e implícito tácitamente”, aunque de modo “más o menos oscuro e inconcluso” en la “esporádica reflexión natural de la corriente conceptual del derecho”. Tal tendencia realista ha sido conscientemente interpretada en muchos puntos por los juristas, y el filósofo deberá únicamente mejorar coherentemente tales concepciones.⁵² En otras palabras se afirma que, en general, el significado común y técnico de los conceptos jurídicos apunta en la dirección correcta y que el método indicado para su reconstrucción es el análisis de tales significados.

Al abordar por ejemplo el problema específico del concepto de derecho vigente, dice que hay dos vías complementarias para averiguar su significado: una, investigar “los presupuestos que pueden ser deducidos del uso

⁴⁸ *Ibid.*, p. 198.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 251.

⁵⁰ *Ibid.*, pp. 258 y ss.; [III], p. 11.

⁵¹ Ross [II], p. 267.

⁵² *Ibid.*, pp. 21 y ss.

que se hace del concepto del derecho... y otra, el estudio de las teorías explícitas sobre la naturaleza del derecho que se ha apartado del punto de vista corriente".⁵³ O sea que las perspectivas de un análisis conceptual pueden ser, por un lado, los supuestos y consecuencias lógicas del uso común y, por otro, las teorías acerca del derecho que se apartan del lenguaje común. El método no es entonces exclusivamente análisis del lenguaje ordinario, ni de teorías complejas, sino una combinación de ambos, aunque Ross no oculta su simpatía por el primero, más orientado hacia el realismo.

Aunque se supone que el método correcto es el análisis conceptual, sin embargo Ross no es explícito en detallarlo. Apenas si menciona que "a menudo el significado de un concepto... no está dado directamente, sino que surge en forma indirecta de la función de ese concepto, es decir, la suma de concepciones en que ese concepto juega".⁵⁴ Aquí apunta el filósofo danés hacia la idea de que un concepto ha de definirse mediante sus reglas de uso.

Posteriormente repitió su "exigencia analítica de que las nociones jurídicas fundamentales sean interpretadas como concepciones sobre la realidad social, sobre la conducta del hombre en sociedad",⁵⁵ indicando que en la construcción de un sistema conceptual semejante, el método sería el análisis lógico del lenguaje científico.⁵⁶ Estrictamente hablando se aludiría aquí a la preexistencia de un lenguaje científico-jurídico que sería el objeto del análisis filosófico. Sin embargo, en muchos pasajes podría decirse que el punto de partida de tal análisis es más bien el lenguaje ordinario, precientífico. La delimitación misma de las reglas jurídicas se obtiene recurriendo a "las reglas comúnmente consideradas como un orden jurídico nacional".⁵⁷ Una vez delimitadas se analizará qué es lo que está supuesto o puede deducirse de ellas con objeto de comprender su naturaleza y estructura.⁵⁸ Lo mismo sucede con varios conceptos que se analizan a partir de su significado tradicional,⁵⁹ recomendándose el "investigar las palabras y frases usadas en el derecho con la función de directivas. Específicamente —continúa— tenemos que desenmarañar las relaciones mutuas entre las diversas frases y ver si se ha desarrollado en alguna medida una terminología constante y libre de ambigüedades".⁶⁰

En esta última cita se observa que no basta con analizar las relaciones lógicas de las frases y conceptos jurídicos, ya que éstos pueden presentar ambigüedades. En tales situaciones aunque el punto de partida sea el uso

⁵³ *Ibid.*, p. 26.

⁵⁴ Ross [I], p. 18.

⁵⁵ Ross [II], xiii.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 25.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 32.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 33.

⁵⁹ Por ejemplo "fuentes de derecho", *ibid.*, pp. 74 y ss.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 153, a propósito de las modalidades jurídicas.

o designación comunes, concluye sin embargo que "tal uso lingüístico no es conveniente".⁶¹

El método, a grandes rasgos, consiste en investigar la función de una expresión,⁶² qué presupone y qué implica tal concepto o expresión, qué es lo característico de las situaciones típicas en que se aplica y cómo puede usarse para describir tales situaciones. El concepto, dice Ross, tiene que ser analizado como instrumento para la descripción de un contenido jurídico y de las relaciones que existen en tal situación.⁶³ Habiendo advertido que el uso lingüístico corriente es vago y engañoso ya que puede producir hipóstasis y confusiones, Ross recomienda introducir claridad.⁶⁴ El método filosófico no será puramente descriptivo de los usos lingüísticos o conceptuales, sino que deberá también reformular o precisar los significados de muchos conceptos jurídicos fundamentales, señalando lo que deben y lo que no deben incluir, llegándose incluso a proponer una nueva terminología.⁶⁵

Ciertamente hay párrafos en que el autor parece inclinarse por una metodología descriptiva, y así dice expresamente que la doctrina del método de interpretación debe ser "descriptiva y no normativa", ya que la teoría general sólo puede explicar presuposiciones del problema de los métodos y clasificarlos en una tipología general.⁶⁶ Pero la tarea constructiva del método filosófico no se limita a la mera clasificación. Ross mismo indica el sentido correcto de numerosos conceptos, criticando la forma en que han sido entendidos anteriormente y sugiriendo una nueva terminología. No es que prescriba cómo deben usarse ciertas expresiones, sino que señala la conveniencia teórica y práctica de aislar ciertos usos, así como la de adoptar otros que bien pueden separarse de los tradicionales. En su oportunidad se verá cómo puede caracterizarse este método y cuáles son sus alcances y limitaciones.

⁶¹ *Ibid.*, pp. 164 y ss.

⁶² No hay que desconcertarse porque ciertos conceptos no tengan referencia semánticas, es decir, porque no designen ningún fenómeno o tipo de fenómenos: en estos casos hay que analizar su función que puede ser otra distinta de la de designación. Por ejemplo, "derecho subjetivo". *Ibid.*, pp. 167 y ss.

⁶³ *Ibid.*, pp. 180 y ss.

⁶⁴ *Ibid.*, pp. 172 y ss.

⁶⁵ Como lo hace Ross respecto a los derechos *in rem* y derechos *in personam*, o a las modalidades jurídicas, pp. 155 y 185.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 107.

•

IV. EXPOSICIÓN DETALLADA DE KELSEN Y ROSS

Una vez expuestos los lineamientos generales así como la evolución del pensamiento de los autores con relación a la teoría general del derecho, y antes de señalar las semejanzas y diferencias de ambas concepciones, conviene exponerlas con más detalle. De antemano se advierte que la exposición no tendrá un carácter exhaustivo sino que se limitará a los puntos más importantes, en particular a aquellos en los cuales existe una divergencia mayor de opinión. Tendrá, igualmente, un carácter crítico y no meramente descriptivo.

1. *Sus tesis respecto a la teoría general del derecho*

En la exposición general de ambas posiciones se hizo notar que una diferencia radicaba en la concepción misma de la teoría general del derecho. Se vio que Kelsen utilizaba indistintamente los nombres de teoría del derecho y ciencia del derecho y que, aun cuando los problemas que a fin de cuentas abordaban eran muy similares, la falta de una distinción expresa de niveles por parte de Kelsen lo separaba de Ross, para quien el objeto de la teoría general o filosofía del derecho es el lenguaje científico, el aparato conceptual de la dogmática encargada de describir a los sistemas positivos. Ciertamente, Kelsen no cae en el error de afirmar que el objeto directo de su teoría son los órdenes jurídicos particulares; niega lo anterior expresamente en las primeras líneas de [XXI]. Sin embargo, el decir que se ocupará del derecho positivo "en general" es poco satisfactorio. Su insistencia en que el objeto de la teoría son las normas jurídicas podría llevar a la idea de que tal derecho "en general" consiste en algún tipo de normas generalísimas, diferentes a las normas de todos y cada uno de los órdenes jurídicos particulares (nacionales e internacional).

Parecería por tanto una mejor alternativa indicar, a la manera de Ross, que la teoría general se ocupará de las expresiones o conceptos de la ciencia jurídica en sentido estricto. Esta afirmación no está reñida con el espíritu de la tarea kelseniana de posibilitar la descripción exacta de los órdenes jurídicos particulares, así como de construir los conceptos jurídicos fundamentales que hacen posible tal exposición. La descripción de los órdenes jurídicos particulares y la construcción de conceptos son tareas complementarias, puesto que no parece plausible el llevar a cabo una de ellas aisladamente, esto es, sin intervención de la otra. El pensar que es factible describir un orden jurídico particular sin la ayuda de conceptos generales, o cons-

truir dichos conceptos sin recurrir a los intentos de exposición dogmática existentes, sería no sólo ignorar la forma en que de hecho se han elaborado estas disciplinas, sino que precipitaría a un racionalismo o a un empirismo puros imposibles de ser defendidos con ninguna seriedad.

No obstante el atractivo de la distinción insinuada por Ross entre ciencia y filosofía del derecho como dos niveles diferentes de lenguaje, su idea no es desarrollada y no pasa de ser un proyecto no exento de ambigüedad.¹ En efecto, al distinguir las normas jurídicas de las proposiciones doctrinarias que se refieren a ellas, concede que el lenguaje usado en ambas "es exactamente igual", con una diferencia de "significado lógico" por cuanto que las primeras se proponen prescribir y las segundas describir.² Parecería entonces que, o no hay diferencia en los niveles de lenguaje, o no es importante, y que lo que es relevante es sólo la diferencia de significados entre ambos tipos de enunciados. Más adelante dirá Ross que la diferencia clara entre ambas clases de discurso se localiza básicamente en el nivel semántico.³

Si se piensa que las normas jurídicas o, mejor dicho, sus expresiones, forman un lenguaje y las proposiciones doctrinarias son un lenguaje que se refiere al primero, claramente puede decirse que se trata de dos lenguajes diferentes. Conforme a la terminología usual se hablaría de un lenguaje-objeto y de un meta-lenguaje o, si se prefiere ser más específico, del lenguaje legal y del lenguaje de los juristas.⁴ La diferencia entre ambos está en que son términos de una relación (no hay lenguaje-objeto ni meta-lenguajes en sí), y en que uno habla del otro o se refiere a él, y en ese sentido es un meta-lenguaje respecto al lenguaje del que habla. Cuando Ross dice que la diferencia está en su "significado lógico" no es claro qué entiende por esto último. Su posición se aclara al especificar que la función de las proposiciones es descriptiva y la de las normas prescriptiva, pero de esta diferencia no se sigue que exista una jerarquía de niveles entre ellos. Por lo demás, esta diferencia de funciones es colocada en el nivel semántico más que en el pragmático o en el sintáctico, por lo cual hablar del "significado lógico" es altamente ambiguo, ya que al menos la sintaxis y la semántica son, en algún sentido muy amplio, "lógica".⁵

Ross no establece, pues, una clara diferencia de niveles de lenguaje entre el derecho y la ciencia del derecho, aunque apunta hacia la posibilidad y conveniencia de hacerla. Iguales condiciones prevalecen en su alusión al lenguaje científico como distinto del filosófico. La carencia de criterios estrictos de pertenencia a uno u otro lenguaje impide la decisión inequívoca sobre el nivel de un determinado enunciado. Tampoco está suficiente-

¹ Para la distinción entre niveles de lenguaje, muy común en la filosofía contemporánea, puede verse Capella, p. 30 y una alusión indirecta en Ross [II], p. 26.

² Ross [II], p. 9.

³ Ross [IV], pp. 69 y ss.

⁴ Capella, *ibid.*, cap. 1.

⁵ Para la distinción entre sintaxis, semántica y pragmática, tal como se formuló originalmente, véase Morris, p. 6.

mente precisado el carácter científico del lenguaje de la dogmática, como se verá posteriormente.

Todo lo anterior no significa que se niegue la posibilidad ni la conveniencia de introducir la distinción de niveles de lenguaje en el estudio del derecho. Ciertamente que las confusiones de nivel han producido serias equivocaciones, de las cuales la más común y desastrosa en este campo es no separar el derecho de la ciencia del derecho, pero no lo es menos que tal distinción, considerada en un momento como capital para la filosofía, ha perdido un poco de su condición de llave maestra para los problemas filosóficos. Además, la condición precaria de la sistematización en la ciencia y en la teoría general del derecho, hacen de la delimitación rigurosa una tarea futura.

Aun cuando la relación entre la teoría general del derecho y las normas jurídicas parezca más inmediata en Kelsen, este último empezó a apuntar una distinción entre normas jurídicas y proposiciones de derecho a partir de 1945 en [XIII].⁶ En principio, Kelsen y Ross coinciden en que la ciencia jurídica dogmática no elabora normas, sino que las describe. Esta coincidencia fundamental no oculta una discrepancia importante respecto a lo que entienden por norma, lo cual se traduce en una divergencia con respecto al objeto de sus teorías.

Ahora bien, las diferencias a este respecto pueden dividirse en las relativas a lo que en general llamaríamos la naturaleza de la norma que comprende lo concerniente a su función,⁷ a su estructura y a los diversos tipos por un lado y a la idea de sistema jurídico por otro.

2. La naturaleza de la norma según Kelsen

Sin detenernos a revisar cuidadosamente los escritos de su primera época (antes de 1945), en los cuales no se hacía la distinción entre norma jurídica y proposición jurídica,⁸ puede verse someramente qué entendía por norma.

Una premisa de la caracterización de la norma en [I] se enuncia diciendo que una norma es una oración o proposición (*Satz*) que prescribe una conducta.⁹ Se establece además que la validez o existencia de una norma es independiente de su eficacia, ya que consiste en su deber ser.¹⁰ Ambas características dan por supuesto al deber ser (*Sollen*), considerado como una "categoría original e indefinible del pensamiento".¹¹ Las normas, escribe

⁶ Aunque no sin confusiones. Véase Ross [II], p. 9, n. 29 y explicando esta aparente confusión Kelsen [XXXI], pp. 52 y ss.

⁷ Por función de una norma entenderemos su función "normativa" diferente de su función "social". La primera se refiere al modo como regulan la conducta y depende de su naturaleza o modo normativo. La segunda se refiere a sus efectos sociales. Véase Raz [VI].

⁸ Confusión que Kelsen declara ser una simple falta de claridad terminológica. Véase Kelsen [XXXI], p. 53.

⁹ Kelsen [I], p. 6.

¹⁰ *Ibid.*, p. 14.

¹¹ *Ibid.*, p. 7.

Kelsen, son enunciados “que estatuyen un deber ser” y el deber ser jurídico es precisamente el deber jurídico.¹² Además de señalar la función de la norma, se plantean también las cuestiones del origen y la forma. “La norma como tal —decía Kelsen— no está ligada a ninguna forma lingüística y puede, cuando aparece en palabras, aparecer tanto como imperativo, como infinitivo, como enunciado de deber ser (*Sollsatz*) o como juicio hipotético”,¹³ y más adelante al refutar la teoría que identifica los conceptos de norma e imperativo (*Bierling*), continuaba indicando que el imperativo es sólo una de las formas lingüísticas en que puede presentarse una norma, esto es, lo que puede estatuir un deber ser. Ocasionalmente un juicio puede también estudiar un deber ser y “fungir como norma”, por ejemplo: “tú debes...”, e incluso existen otras formas no habladas (“mudas”) de manifestación de las normas, como los gestos o ademanes. En los imperativos y en los gestos o ademanes se expresa directamente la voluntad dirigida a la conducta ajena, en tanto que el juicio es una función del intelecto, esto es, en la que media una reflexión sobre el acto de voluntad que estatuye el deber. A pesar de las diferencias formales y psicológicas (origen mediato o inmediato) entre las diversas manifestaciones de la norma, lo esencial de la misma es su función: estatuir un deber ser.¹⁴

Hecha la caracterización de toda norma, se busca la especificidad de la norma jurídica. El primer paso fue probar previamente que la finalidad no puede ser la nota específica deseada.¹⁵ En su opinión el determinante específico de la norma jurídica “sólo puede estar en su forma, en el modo y manera como estatuye el deber ser jurídico, la obligación jurídica”.¹⁶ A este respecto la primera nota mencionada por Kelsen es la heteronomía de la norma jurídica. Su obligatoriedad proviene “única y exclusivamente de la voluntad del Estado”. De tal heteronomía resulta el carácter formal de la ciencia jurídica. En efecto, para la existencia y validez de una norma jurídica es irrelevante el comportamiento de los individuos, sus sentimientos, su conciencia (el reconocimiento), ya que la cuestión se responde puramente con criterios formales. En la ciencia jurídica no se consideran para nada elementos del mundo del ser.¹⁷

Preocupado, como se ve, por distinguir nítidamente las normas jurídicas de las normas morales, indica que precisamente por el carácter heterónimo de las primeras requieren de una garantía —ventajas o desventajas— y que la norma jurídica estatal se sirve sólo de la desventaja vinculando una sanción, como consecuencia, al incumplimiento, o ilícito. Por experien-

¹² Se origina aquí una confusión ya que el deber ser (*sollen*) es identificado con el deber (*pflicht*), con lo cual la función prescriptiva de las normas jurídicas parece reducirse a la imposición de deberes. *Ibid.*, p. 70.

¹³ *Ibid.*, p. 70.

¹⁴ *Ibid.*, pp. 210 y ss.

¹⁵ *Ibid.*, pp. 14 y ss., dado que tal finalidad es común a muchos hechos que no son normas.

¹⁶ *Ibid.*, p. 70.

¹⁷ *Ibid.*, pp. 40 y ss. y 56.

cia, dice, se sabe que la sanción de la norma jurídica consiste en castigo o ejecución. Las normas morales, en cambio, son autónomas y carecen de sanción.¹⁸ De este modo la sanción se convierte en el concepto clave de la teoría pura. En efecto, el único criterio posible para distinguir el deber jurídico es su relación con la sanción, ya que una acción u omisión es el contenido de un deber jurídico sólo cuando la conducta contraria es supuesto de una sanción.¹⁹

Si además se postula que la función esencial del orden jurídico es establecer obligaciones, ya que aun cuando las leyes conceden también derechos subjetivos, esta última es una función posible del derecho pero no necesaria, se entenderá mejor el papel central que desempeña la noción de sanción.²⁰ Así, escribe Kelsen, la norma jurídica o proposición jurídica (ya que en este texto la distinción no es expresada) como "unidad última del orden jurídico" debe contener todos los elementos que son esenciales para el derecho objetivo, es decir, "para que una proposición pueda ser llamada proposición jurídica tiene que mostrar todas las funciones características del orden jurídico"; por tanto, sólo una proposición que establece obligaciones puede ser jurídica.²¹

A partir de las premisas no demostradas de que la función esencial del orden jurídico es imponer obligaciones y de que todos los elementos básicos de tal orden tienen que desempeñarla, se concluye que toda norma o proposición jurídica impone siempre obligaciones. Es claro que ambas premisas, especialmente la segunda, son al menos dudosas. En cuanto a la afirmación de que el concepto de deber sólo puede establecerse a partir del concepto de sanción, es otra tesis fundamental de la teoría pura que, aunque plausible, puede discutirse.

En el prólogo a la segunda edición de [I] expresó Kelsen que había una confusión en la concepción de esta obra, ya que "una determinación conceptual de la norma jurídica a través de la cual se indique la diferencia específica con la norma moral no parece posible sin la ayuda del factor coactivo. El derecho es esencialmente norma coactiva en el sentido de ser norma que regula la aplicación de la coacción entre los hombres y por tanto ordena".²² Con estas palabras se establecía de manera permanente en su teoría pura la definición del derecho como un conjunto de normas coactivas.

Sobre la naturaleza del derecho en general existen dos observaciones que ameritan recordarse. En primer lugar señalaba Kelsen que frente a la moral y a las costumbres, que tenían un carácter puramente social, el derecho

¹⁸ *Ibid.*, pp. 205 y 308.

¹⁹ *Ibid.*, p. 242.

²⁰ *Ibid.*, pp. 238, n. 1, 312 y 242. Las posibles funciones normativas del derecho se advertían ya en la sentencia de Modestino: *Legis virtus haec est: imperare, vetare, permittere, punire*, D. 1, 3, 7.

²¹ *Ibid.*, p. 238, n. 1. Este argumento esencialista se repite en [VII]: "Cada norma jurídica para ser tal tiene que expresar la naturaleza del derecho considerado como un todo" y como el derecho es un orden coactivo, cada norma jurídica ordena una coacción. Véase p. 47.

²² Kelsen [I], p. xi.

era específicamente estatal, puesto que su existencia presuponía una organización de los tribunales, la cual constituía la forma más primitiva de la organización estatal.²³ En segundo lugar, en el mencionado prólogo, estableció la identidad entre Estado y derecho señalándola como el progreso más importante de la teoría pura, rechazando con ella el tipo de relación insinuado en la primera edición que permitía creer en un derecho creado por el Estado.²⁴

Una etapa importante en el desarrollo de la teoría pura del derecho lo marca la aparición de [VIII], en la cual las ideas de Kelsen reflejan ya la lectura de las teorías de los juristas y filósofos de habla inglesa. En esta obra aparecen algunas tesis que complementan la concepción original acerca de las normas jurídicas. En principio se mantiene la postura original en cuanto a caracterizar las normas jurídicas como normas que establecen sanciones consistentes en actos coactivos y en ver en esto la caracterización esencial del derecho. “Si la coacción es el elemento esencial del derecho, dice Kelsen, entonces las normas que forman un orden jurídico tienen que ser normas que estipulan un acto coactivo, es decir, una sanción”,²⁵ con lo cual claramente imponen un deber: la conducta contraria es el supuesto de la sanción.²⁶

Algunas elaboraciones en lo relativo a la existencia y la naturaleza de las normas se notan en esta obra. En lo que respecta al tipo de entidad que son las normas se señaló que en [I], sin detenerse mayormente en el asunto, las llamó oraciones o proposiciones, idea que no fue repetida posteriormente. Ahora, Kelsen introduce la distinción entre normas jurídicas y regla de derecho o proposición jurídica. Los enunciados mediante los cuales la ciencia del derecho representa al derecho son las reglas de derecho, mientras que las normas son creadas por las autoridades jurídicas. Ciertamente, como se ha señalado, la terminología de esta obra es poco feliz, pero es interesante subrayar que mientras que las reglas de derecho son llamadas enunciados (*statements*), las normas no son nunca calificadas como tales.²⁷

Al comentar acerca de la norma jurídica Kelsen quiere refutar la tesis de Austin que define a la norma como un mandato. Mostrando los inconvenientes de introducir elementos psicológicos, característicos de la definición austiniana, concluye Kelsen que la norma es, en todo caso, un “mandato despsicologizado”, ya que el concepto de norma no implica la presencia de un querer psicológico.²⁸ La norma “es una regla que expresa el hecho de que alguien debe actuar de cierta manera, sin implicar que alguien real-

²³ “Kein Recht ohne Gericht”. *Ibid.*, pp. 35 y 235.

²⁴ *Ibid.*, pp. xvi y ss. En ese mismo prólogo se introdujo la noción de la norma particular o individual (pp. xiii y xiv).

²⁵ Kelsen [XIII], p. 45.

²⁶ *Ibid.*, pp. 58 y ss. A diferencia de [I] se esboza ahora la tesis de que, sin embargo, la distinción con las normas morales no puede estar en la sanción, ya que el orden moral es también sancionador, sino en el carácter coactivo de la sanción jurídica. *Ibid.*, p. 6.

²⁷ *Ibid.*, pp. 45 y ss. Sobre las dificultades con la terminología de este texto, véase Hart [II].

²⁸ *Ibid.*, pp. 30 y ss.

mente 'quiera' que la persona actúe de ese modo".²⁹ Más adelante se lee que "la norma es la expresión de la idea de que algo debe de ocurrir, especialmente de que un individuo debe de comportarse de cierta manera".³⁰

Estas afirmaciones plantean varios problemas que merecen apuntarse. Parece claro que las normas son reglas que expresan el hecho o la idea de que algo debe ser, esto es, que son expresiones de un deber ser. Sin embargo, difícilmente sería esto una definición aceptable, no sólo por la incertidumbre provocada al hablar de expresar hechos o ideas, sino también por utilizar en ella los conceptos de "regla" y de "deber ser", igualmente urgentes de clarificación. Es cierto que Kelsen da algunas nociones acerca de lo que es el "deber ser" que vale la pena recoger. En primer lugar el enunciado "X debe hacer A" no es él mismo una norma, sino un enunciado cuyo significado es que A está prescrito por una norma. El término "debe" [*ought*] expresa aquí el sentido en que la conducta está determinada por una norma y lo único que puede decirse de este sentido es que es diferente del expresado en "X hace realmente A". Por todo esto "A debe ser" se refiere a la existencia y contenido de una norma y no a hechos reales en la naturaleza. El significado de normas en general y de las normas jurídicas en particular sólo pueden captarse mediante el concepto de "deber ser".³¹ A partir de una noción indefinible pero intuitivamente comprensible, el deber ser, se construye su correlato "norma" como una expresión que significa que algo debe ser. Las normas, parece decir Kelsen, son expresiones con significado, aunque no son proposiciones descriptivas, sino prescriptivas en tanto expresan un deber ser.

A reserva de volver sobre este punto, dado que no es una solución clara y satisfactoria, alguna luz puede obtenerse desde la perspectiva de la existencia de las normas jurídicas. Ya en [I] se había apuntado que ser y deber ser son dos puntos de vista y que no había ningún motivo para unirlos. Por eso mismo la existencia de una norma jurídica, su validez, es puramente formal, esto es, la eficacia es irrelevante para decidir la existencia de una norma.³² En [XIII] repite que "validez" significa la existencia específica de las normas; decir "N es válida" es decir que asumimos su existencia o que tiene "fuerza obligatoria".³³ Ahora bien, ¿cómo probar la existencia de una norma? Obviamente no bastará con asumirla, sino que debe haber algún procedimiento para probar su existencia. Lo primero que Kelsen rechaza es la posibilidad de entender la existencia de una norma como un fenómeno psicológico. No es esta la forma en que un jurista establece la existencia de una ley.³⁴

La existencia de una norma jurídica, de acuerdo con la teoría pura, es su validez que "aunque no es idéntica con ciertos hechos, está condicionada

²⁹ *Ibid.*, p. 35.

³⁰ *Ibid.*, p. 36.

³¹ *Ibid.*, p. 37.

³² Kelsen [I], p. 49.

³³ Kelsen [XIII], p. 30.

³⁴ *Ibid.*, p. 33.

por ellos". Tales hechos son "la eficacia del orden jurídico total al cual la norma pertenece, la presencia de un hecho creador de la norma y la ausencia de cualquier hecho anulatorio de la norma". Por lo anterior, la aserción de que una norma jurídica existe "puede ser verificada por medio de los hechos que condicionan la existencia de la norma".³⁵ A las normas del derecho positivo les corresponde, añade Kelsen, una cierta realidad social. La existencia y contenido de tales normas puede entonces verificarse por hechos, esto es, por un "método objetivo".³⁶ Puede verse entonces que, de alguna manera, la tesis original es ampliada para asegurar el carácter científico de la ciencia del derecho de acuerdo con la tesis de la verificabilidad empírica como criterio para la científicidad, pero sin dar el paso de reducir la ciencia jurídica a una ciencia empírica semejante a las ciencias naturales, reduciendo con ello la validez a la mera eficacia. Más adelante se abordarán las ventajas y desventajas de esta posición.

Esta obra de 1945 no fue, sin embargo, la última palabra. En 1960 apareció la segunda edición corregida y aumentada de la XII, en la cual se expone por completo la versión hasta ese momento definitiva del pensamiento kelseniano. Vale la pena señalar aquellos puntos en que el autor es más explícito o en que introduce algunas modificaciones.

"Norma", dice Kelsen, es el sentido (*Sinn*) que tienen ciertos actos humanos dirigidos intencionalmente a la conducta de otros y que según su sentido ordenan, permiten y facultan tal conducta. El sentido de tales actos sólo puede describirse mediante enunciados³⁷ que contengan la expresión "debe" (*Sollen*), por ejemplo "X debe hacer A".³⁸ Las normas no son, pues, ni enunciados, ni juicios, ya que éstos son el sentido de actos del pensamiento, en tanto que las normas son el sentido de un acto de voluntad.³⁹ Tampoco ha de confundirse la norma con el acto de voluntad que la crea, pues este es el hecho psíquico. Las normas son entidades no-lingüísticas de tipo ideal o abstracto a las que Kelsen denominan "contenidos de sentido" (*Sinngehalt*), "contenido espiritual o mental" (*geistiger Gehalt*), o simplemente "sentido de un acto de voluntad".⁴⁰ En el último de sus escritos publicados, indica expresamente que, en tanto sentidos de ciertos actos de voluntad, las normas tienen una existencia ideal diferente de la existencia real, lo cual no impide que sean objeto de una ciencia.⁴¹

³⁵ *Ibid.*, p. 48.

³⁶ A diferencia, por ejemplo, de las normas de justicia. *Ibid.*, p. 49.

³⁷ Para Kelsen un enunciado o proposición (*Aussage*) designa el sentido de un acto de pensamiento, pero también el acto mental y lingüístico que lo produce. Para distinguir la entidad abstracta de los actos psíquicos y lingüísticos, se refiere a la primera como "contenido o substrato de sentido". Ésta es la única que propiamente puede ser calificada de verdadera o falsa. Véase Kelsen [XXVI], p. 1486.

³⁸ Kelsen [XX], p. 4.

³⁹ Con estas ideas se aclara, escribe Kelsen, la tesis de [XIII]. Véase [XX], pp. 10, 73 y 84.

⁴⁰ Usando indistintamente "Sinn" y "Bedeutung". Kelsen [XX], pp. 7 y 23.

⁴¹ Kelsen [XXIX], p. 1463, n. 11. En [XXVI] precisa que sólo los contenidos de sentido de los actos de pensamiento pueden ser verdaderos o falsos, no así los de los actos de voluntad (p. 1470).

Kelsen insiste en que la forma lingüística en que se expresan no es importante, pudiendo ésta ser incluso la de gestos, ademanes o símbolos (por ejemplo, un semáforo). Su expresión lingüística en palabras u oraciones puede tener la forma gramatical de imperativos o descripciones (por ejemplo, "te mando callar"). Lo importante es el sentido del acto.⁴² Este sentido puede, a su vez, ser subjetivo u objetivo. En todo acto intencional con las características antes descritas hay un sentido subjetivo, un "deber ser".⁴³ Pero existe además un sentido objetivo y este "deber ser" es el que es designado como norma. Las características que pueden encontrarse en el texto kelseniano como específicas del sentido objetivo son las siguientes: a) la acción o conducta es considerada como debida no sólo por el autor del acto intencional dirigido al destinatario, sino también desde el punto de vista de un tercero desinteresado; b) el deber ser subsiste aun cuando desaparezca la voluntad que lo creo, y c) el deber ser "vale" (o existe) aun cuando aquel a quien se dirige, el destinatario, ignore la existencia del acto creador. Al reunirse las tres condiciones se está en presencia de un deber ser objetivo, de una norma válida que obliga.⁴⁴ Ciertamente que estas tres características reflejan importantes propiedades de las normas jurídicas (e incluso de las morales si no se es un relativista extremo). Con razón señala Kelsen que la validez objetiva de una norma, entendida en esta forma, no equivale a una creencia metafísico-religiosa como quiere Alf Ross.⁴⁵

Una modificación radica en que anteriormente mantenía la doctrina de que un acto de voluntad implicaba necesariamente el conocimiento del contenido de lo querido. El parlamentario que no conocía el proyecto y lo aprobaba no llevaba a cabo un acto de voluntad. En estas obras, se abandona la tesis interpretando tal acto de voluntad como un facultamiento: el parlamentario quiere que sea ley el proyecto, cualquiera que sea su contenido.⁴⁶ Kelsen sacaría posteriormente una consecuencia: toda norma supone necesariamente un acto de voluntad. La aceptación de esta teoría llamada *Willenstheorie* se conecta con el cambio de actitud de Kelsen respecto a la cuestión, que analizaremos después, de si las normas son juicios hipotéticos o no.⁴⁷ En sus últimos artículos Kelsen derivó todavía algunas consecuencias de los principios básicos de su teoría relativa a los dualismos insuperables: ser y deber ser, norma y enunciado, realidad y valor, querer y pensar [*Wollen* y *Denken*]. De este último expresó que la diferencia entre estas dos funciones anímicas era "psicológica".⁴⁸ En particular enfatizó el principio de que "el deber ser es el correlato de un querer" o que, en otras

⁴² Kelsen [XX], pp. 6 y 7, 73 y 74.

⁴³ Este *Sollen* es una categoría irreducible al *Sein* (ser) pero su diferencia con la categoría del Ser no puede ser determinada con más precisión ya que "está inmediatamente dada en nuestra conciencia". *Ibid.*, p. 5.

⁴⁴ *Ibid.*, pp. 4 a 7.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 8, nota.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 7, nota.

⁴⁷ Kelsen [XXXI], pp. 61 y ss.

⁴⁸ Kelsen [XXIII], p. 121.

palabras, “no hay imperativo sin *imperator*”, todo lo cual le hizo modificar su doctrina de la norma básica.⁴⁹ Igualmente mantuvo en ellos la tesis de que debe distinguirse cuidadosamente a la norma como el sentido de un acto de voluntad, tanto del acto mismo, como de su expresión lingüística en un enunciado de deber ser (*Sollsatz*). En tanto sentido de un acto de voluntad tiene existencia ideal (*ideel*, no *ideal*), diferente de la existencia real verificable por los sentidos. Esta distinción la apoyó en la teoría de Husserl acerca de la diferencia entre el ser real y el ser ideal, con la cual se distingue perfectamente el ser del acto, del ser del sentido de tal acto, reconociendo, no obstante, que aun cuando puede abstraerse el sentido del acto a partir del acto mismo, y por lo tanto emprenderse una ciencia normativa que se ocupe sólo del deber ser y no del querer, ello no implica rechazar el principio de que todo deber ser en el sentido de un querer.⁵⁰

3. Las funciones de la norma según Kelsen

En lo que se refiere a las funciones de las normas jurídicas la última edición de la *Teoría pura*⁵¹ contiene una exposición más sistemática y detallada que la que se desprende de la lectura de [XLII]. En ésta se limitaba a señalar que las funciones de una norma jurídica eran “prescribir”, “estipular sanciones”, “imponer deberes y conferir derechos”. Respecto a las última enfatizó que la distinción entre *imperative* y *permissive law* era insostenible. No hay, escribía, por una parte, normas jurídicas que prohíban u ordenen y, por otra, normas jurídicas que permitan. El orden jurídico concede un derecho o un permiso a alguien sólo cuando al mismo tiempo impone un deber a un sujeto distinto e, inversamente, siempre que impone un deber a alguien confiere un derecho a otra persona.⁵²

En la segunda edición de la *Teoría pura* empieza por advertir⁵³ que la función del orden jurídico es regular la conducta humana, tanto las acciones como las omisiones.⁵⁴ Esta regulación se lleva a cabo de modo positivo y negativo. De modo positivo las normas pueden desempeñar tres tipos de funciones: 1) ordenar una conducta (lo cual implica prohibir la conducta contraria); 2) permitir, y 3) conferir poderes. Respecto a (1), a la que en el uso lingüístico común corresponde la expresión “deber” (*Sollen*), se mantiene la idea de que la condición necesaria para imponer un deber es mediante una sanción a la conducta contraria. Esta sería la

⁴⁹ A reserva de volver más adelante sobre este tema pueden verse Kelsen [XXIII] y [XXIX] y acompañarse con [XX], p. 9.

⁵⁰ Kelsen [XXIII], pp. 123 y ss. y [XXIX], p. 1463, n. 11.

⁵¹ Kelsen [XX], pp. 4 y ss., 57 y ss.

⁵² Kelsen [XIII], p. 77.

⁵³ Kelsen [XX], pp. 15 y ss.

⁵⁴ Kelsen habla indistintamente de las funciones del orden jurídico general y de las funciones de las normas jurídicas, sugiriendo que las funciones desempeñadas por el orden son, en rigor, ejecutadas por tipos diferentes de normas.

“función esencial” y “primaria” del derecho.⁵⁵ En cuanto a (2), la permisión está asociada en alemán con el vocablo *dürfen* (poder, tener permiso o derecho para...) y Kelsen colocó dentro de ella el caso de la norma que permite expresamente una conducta que está, por lo demás, prohibida, por lo cual la norma limita el ámbito de validez de una norma general prohibitiva. El ejemplo que ilustra esta función es la permisión conferida por una norma jurídica para usar la fuerza contra otra persona en caso de legítima defensa.⁵⁶ La tercera función (*ermächtigen*) consiste en conferir poderes y se caracteriza en alemán con el verbo “*können*” (poder). Kelsen señala dos casos, insinuando que son exhaustivos, en que una norma jurídica desempeña esta función, a la cual caracteriza en términos generales como la de otorgar poder a un hombre para producir consecuencias, normadas por el orden jurídico, mediante una determinada acción. El punto de partida de la distinción es la opinión kelseniana de que toda conducta humana determinada por el orden jurídico como condición o consecuencia puede ser vista como “facultada” [*ermächtigt*] en sentido amplio, es decir, como regulada positivamente. Se puede distinguir aquí la capacidad delictiva [*Deliktsfähigkeit*] y la capacidad de actuar [*Handlungsfähigkeit*], que se diferencia en que la primera tiene como efecto jurídico una sanción, mientras que la segunda no. Por esta razón la segunda puede denominarse también “competencia”, la cual incluye no sólo la de los funcionarios públicos u órganos jurídicos en sentido estricto, sino la de las “personas privadas”, ya que en ambos el contenido de la función es el mismo: creación de normas jurídicas.⁵⁷ A la luz de estas reflexiones la presentación de los dos casos es clara. El primero se da cuando una norma jurídica concede un poder jurídico para crear o participar en la creación de normas jurídicas. Aquí se distinguen tres posibilidades: “facultamiento” o “autorización” (*Berechtigung*) para iniciar un proceso que conduzca a una sanción, siempre y cuando se haya violado una obligación; autorización para participar en la creación de normas generales (por ejemplo, los derechos políticos) y, por último, facultamiento para llevar a cabo ciertos negocios jurídicos (por ejemplo, concesiones o licencias).⁵⁸ En el segundo caso Kelsen habla de “conceder poder”, en el sentido amplio de la expresión, cuanto se faculta a alguien a ejecutar los actos coactivos previstos por el orden jurídico.

En cuanto al modo negativo de regular la conducta, se señala la permisión negativa como única posibilidad. En esta situación una conducta determinada no está prohibida por el orden jurídico, sin estar permitida de manera positiva por una norma que limite el ámbito de una norma prohibitiva.⁵⁹ En este caso y sólo en este, se puede decir que tal conducta está

⁵⁵ *Ibid.*, p. 123.

⁵⁶ Más adelante se verán algunas dudas respecto a este caso.

⁵⁷ *Ibid.*, pp. 152 y ss.

⁵⁸ *Ibid.*, pp. 143 y ss.

⁵⁹ Con “positivo” y “negativo” parece que se alude aquí más bien a expreso y tácito, es decir, a la existencia o no de un acto que permite. Véase Kelsen [XX], pp. 15 y ss.

permitida de manera negativa. Con relación a este permiso tácito conviene hacer algunas observaciones. Primero, que esta función no pertenece estrictamente a una norma jurídica sino, como escribe Kelsen, a la totalidad del orden jurídico. En segundo lugar, que a la conducta permitida negativamente le puede corresponder o no un deber a cargo de los demás de no llevar a cabo una conducta opuesta. En caso negativo habría un conflicto de intereses —dos conductas “opuestas”, ambas permitidas negativamente— para el cual el orden jurídico no tiene una solución.⁶⁰ Por último, el principio implícito en la tesis es el de que “todo lo que no está jurídicamente prohibido está jurídicamente permitido”, el cual no está exento de complicaciones.⁶¹ Aun cuando no pueden perseguirse aquí tales complicaciones, éstas han sido analizadas por diversos autores. Lo que sí puede concluirse es que tanto en la permisón positiva como en la negativa existe una conexión esencial con la prohibición, ya que según Kelsen la función básica es la de ordenar, y sólo en un orden normativo que ordene conducta humana puede hablarse de que determinada conducta está permitida.

Una de las consecuencias de la caracterización anterior es la modificación del rechazo de la distinción entre *imperative* y *permissive law*. Con relación a las permisiones que eran “reflejo” de órdenes, la distinción es ciertamente superflua.⁶² Aquí “permitir” es usado como “autorizar” o “facultar” (*berechtigen*) y los casos típicos son dos: 1) cuando a un sujeto A se le ordena tolerar que otro sujeto B se comporte de determinada manera, se dice que B está facultado a comportarse así, y 2) igualmente, si le está ordenada a A una prestación determinada para B, se dice que B está facultado a recibir tal prestación por parte de A. En ambos casos el “estar permitido” (o autorizado) de la conducta de B es sólo un reflejo del “estar ordenado” de la conducta de A y no es una función diferente. Sin embargo, Kelsen reconoce que con relación a los otros significados de “permitir”, y en particular cuando se entiende como “conceder poder”, la distinción entre los dos tipos de “leyes” tiene que mantenerse.⁶³

En varios de los últimos escritos de Kelsen se encuentran todavía afirmaciones que complementan e incluso corrigen las tesis expuestas, razón por la cual conviene referirse a ellos. Primero, en su artículo sobre la deroga-

⁶⁰ *Ibid.*, p. 44. Kelsen da el ejemplo de la permisón tácita de construir una abertura para colocar un ventilador en una pared limítrofe, acción que puede fracasar si el vecino levanta un muro —acción igualmente permitida negativamente— que impide el funcionamiento del aparato.

⁶¹ Kelsen aplicó el principio para criticar la teoría de las lagunas, reconociendo una observación de Cossío. Ver Kelsen [XVI], pp. 174 y ss.; pero se ha señalado que el principio puede entenderse como una definición o como una norma. En el primer caso no puede desempeñar la función normativa que Kelsen le asigna para garantizar la completitud de todo sistema jurídico y en el segundo sólo la desempeña cuando aparece como norma positiva del orden en cuestión, pero sin poder ser entendida ya como “principio lógico-jurídico”. Véase Alchourrón y Bulygin [I], cap. VII.

⁶² “Reflejo” parece entenderse como una relación lógica de imploración, pero no se especifica.

⁶³ Kelsen [XX], p. 16.

ción y después en el relativo al concepto de norma habló Kelsen de la función derogatoria de las normas jurídicas como diferente de las expuestas anteriormente.⁶⁴ Sin adentrarse más en esta complicada y poco considerada noción de derogación, es conveniente resumir las particularidades de dicha función a la luz de la teoría pura. Esta función específica es llevada a cabo por las llamadas normas derogatorias, las cuales, curiosamente, ni prescriben conducta, ni se refieren a ella, por lo cual no pueden obedecerse y aplicarse como otras normas, ni tampoco violarse. Su función es repeler la validez de otra norma y, en este sentido dice Kelsen que no establecen un "deber ser", sino un "no deber ser" (*non-ought*).⁶⁵ De aceptarse estas ideas se trataría evidentemente de una función bastante distinta de las otras en la medida en que no queda incluida dentro de la función normativa genérica de regular conducta.⁶⁶

Al hablar de la función de las normas es oportuno recordar, aunque sea sinópticamente, que las normas tienen, según Kelsen, otra función peculiar en tanto sirven como "esquemas de interpretación".⁶⁷ Los hechos jurídicos tienen, dice Kelsen, dos elementos: 1) un acto o un proceso perceptible por los sentidos y que ocurre en el tiempo y en el espacio, y 2) el significado que tiene tal acto conforme al derecho. El significado jurídico no es, en ningún caso, una propiedad natural del acto. El acto se vincula a un sentido determinado que puede ser subjetivo u objetivo. Este sentido que puede expresarse y entenderse es susceptible de formularse en palabras que afirmen algo sobre el sentido jurídico del acto, acción a la que Kelsen llama autointerpretación y que nunca se presenta con los hechos naturales. Sin embargo, lo que hace jurídico a un acto, el sentido jurídico del mismo, no es el sentido que recibe de las formulaciones hechas por su autor o por un tercero cualquiera, sino el que le confiere el derecho positivo. Sólo mediante el conocimiento del derecho, es decir, mediante la ciencia jurídica, puede hacerse la interpretación objetiva de un acto. La norma jurídica al hacer posible esta interpretación jurídica objetiva "funge como esquema de interpretación" y los hechos reciben mediante ella su significado jurídico. Así, por ejemplo, la muerte de un ser humano se convierte en homicidio o en ejecución de un criminal, mediante su sentencia, sólo en virtud de la interpretación normativa de un hecho externo, de "un trozo de naturaleza determinado por la legalidad causal".⁶⁸ Esta interpretación normativa es diferente a la "interpretación explicativa" que haría una ciencia cau-

⁶⁴ Kelsen XXII] y [XXIX], pp. 1429-43 y 1455-68.

⁶⁵ Kelsen [XXII], pp. 1429 y ss.

⁶⁶ Al menos no directamente, ya que parece tratarse de normas de segundo orden, esto es, normas que se refieren a normas y no a conductas. Puede compararse lo anterior con una idea similar de Raz acerca de las leyes puramente retroactivas que no guían la conducta por lo cual indica que tienen una "función normativa subsidiaria". Véase [VI], p. 281.

⁶⁷ Kelsen [XX], pp. 1 y ss. Claramente se verá que la naturaleza de esta función no es normativa, sino que parece más bien epistemológica. De este problema no nos ocuparemos aquí.

⁶⁸ *Ibid.*, pp. 1 a 4.

sal. Es obvio que para Kelsen ambas interpretaciones son excluyentes y exhaustivas, por lo cual afirma que la norma básica hace posible una interpretación jurídica, pues sin ella los hechos sólo podrían recibir una interpretación sociológica.⁶⁹

Sin duda que la teoría antes expuesta suscita muchas preguntas y está aún en espera de una clarificación; sin embargo, dado que Ross acepta, sin discusión, una versión similar, será suficiente para nuestros propósitos lo dicho anteriormente.⁷⁰

4. La estructura de la norma según Kelsen

Bajo este rubro se tratará un complejo de cuestiones relacionadas entre sí. Por principio surge como ineludible el problema de distinguir las normas de las proposiciones jurídicas, ya que en ocasiones no se distingue si se habla de la estructura de unas u otros. Estrechamente emparentada con la estructura está la cuestión del carácter hipotético o categórico de las normas. Hecha esta distinción, la comprensión de la concepción kelseniana de las normas jurídicas quedaría trunca si no se hiciese alusión a la distinción entre norma primaria y norma secundaria y a su innovación respecto a la existencia de normas individuales. Esta tipología se incluirá, pues, en este apartado.

Se había adelantado ya que en su primera obra Kelsen expresaba que las formas en que aparecían las normas podían ser muy variadas: imperativos, juicios hipotéticos, etcétera. El elemento común era que estatúan un deber ser.⁷¹ Lo específico de las normas jurídicas no estaba, pues, en establecer un deber, ni en el contenido del mismo, puesto que las normas morales, las religiosas o las sociales pueden muy bien coincidir. La "esencia específica" (*Spezifische Wesenheit*) de las normas jurídicas sólo podía estar, según el jefe de la Escuela de Viena, en su forma y la tarea particular de la jurisprudencia era establecer fijamente cuál era dicha forma.⁷²

Una vez determinado que el orden jurídico establece deberes mediante la imposición de una sanción —castigo o ejecución—, la forma de la proposición jurídica (hay que recordar que no se distinguía entre norma y proposición) se mostraba claramente como la de un juicio hipotético cuyo esquema dice así: "Bajo determinadas condiciones (un determinado comportamiento del hombre), el Estado quiere establecer ciertas acciones, esto es, ciertas consecuencias del ilícito (*Unrechtsfolgen*, es decir, castigar o ejecutar)." ⁷³ La cuestión de la forma de la norma jurídica era la cuestión de la forma lógico-lingüística ideal que expresaba la esencia del derecho obje-

⁶⁹ *Ibid.*, pp. 224 y 377.

⁷⁰ La doctrina de los actos lingüísticos de Austin puede resultar muy provechosa para analizar el problema del acto y su significación.

⁷¹ Como se dijo antes, no se distinguía entre deber ser y deber jurídico.

⁷² Kelsen [I], pp. 31 y 70.

⁷³ *Ibid.*, p. 212.

tivo, por eso mismo las formas que de hecho usaba el legislador concreto eran irrelevantes. La proposición jurídica se construía a partir del contenido de las leyes y sus elementos necesarios no siempre estaban en la misma ley.⁷⁴ Esta forma lógica, en tanto esencia o naturaleza del derecho, no era, por supuesto, variable y tenía que ser "la misma para todos los tiempos".⁷⁵

La falta de distinción entre norma jurídica y proposición presentó desde entonces una dificultad que Kelsen advirtió mucho después. En efecto, en este primer texto se puede leer que "la vinculación que existe entre los elementos comprendidos dentro de la norma y que se produce gramaticalmente mediante el deber (*soll*)", tiene una naturaleza diferente de la vinculación causal y de la teleológica, es normativa y desde ese momento la teoría pura la conoció como "imputación".⁷⁶ Esta vinculación se establece siempre "con base en la norma", y por tanto, no es un principio absoluto natural o de justicia, sino que siempre será *quaestio facti* el comprobar a quién y en qué circunstancias la norma le impone un deber (*sollen*).⁷⁷ Es, pues, un principio formal que, por otra parte, no se limita al campo del derecho y se extiende a la moral y a la economía.

El problema que se plantea es si la descripción que se hace de la existencia de los dos elementos vinculados por una expresión, deber ser, la cual alude a un tipo especial de relación denominada imputación, es la descripción o análisis de la estructura de la norma jurídica o de la proposición jurídica (o de ambas). En caso de que sea la estructura de la norma, parecería seguirse de ello que las normas jurídicas son juicios hipotéticos. De no ser así, posición posterior de Kelsen, subsiste la duda de si las normas jurídicas tienen o no una forma o estructura lógica y cuál sería.

A grandes rasgos, la evolución de este problema dentro de *La teoría pura del derecho* es la siguiente. En esta primera obra, aunque se mantiene que la forma de toda proposición jurídica es un juicio hipotético, se hacía una distinción entre proposición jurídica en sentido estricto y proposición jurídica en sentido amplio. Las primeras establecían obligaciones para el súbdito y las segundas para la persona del estado.⁷⁸ Posteriormente, con la introducción de la tesis de la identidad entre derecho y estado, que incluía un nuevo concepto de estado entendido como el orden jurídico total, se eliminó el falso problema de la autoobligación del Estado. Ahora el Estado sólo "tiene" derecho y obligaciones en el sentido de "contenerlos".⁸⁰

⁷⁴ *Ibid.*, pp. 36 y ss.

⁷⁵ *Ibid.*, pp. 257 y ss.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 72.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 75.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 78.

⁷⁹ *Ibid.*, pp. 212, 245, 254 y ss.

⁸⁰ *Ibid.*, prefacio a la 2a. ed., pp. xviii y xix. Esta identidad de derecho y estado ayudó también a la aceptación de la tesis que postulaba a la coacción como diferencia específica del concepto de norma jurídica, rechazada anteriormente por la idea de que la persona estatal, como sujeto de derechos y obligaciones, dirigiera contra sí mismo la coacción, parecía "lógicamente imposible" (*ibid.*, pp. 245 y xi). Esta identificación se hizo posible merced a la aceptación de que el orden jurídico estaba constituido únicamente por nor-

Hecha esta simplificación Kelsen siguió dando a entender que las normas generales eran juicios hipotéticos que enlazaban un acto coactivo, como consecuencia jurídica, a un determinado supuesto fáctico (*Tatbestand*) o condición. Esta tesis fue defendida en [VII] así como en [XII], pero, como él mismo escribe, más tarde la rechazó.⁸¹ Así, en [XIII], al distinguir entre norma jurídica y proposición jurídica señaló que esta última “es un juicio hipotético que enlaza ciertas consecuencias a ciertas condiciones”,⁸² añadiendo que esta “forma lógica” es también la de las leyes naturales.⁸³ Con relación a las normas jurídicas cesó de llamarlas juicios, aun cuando no de hablar de su forma. Repitió, en efecto, la tesis de que aun cuando las normas generales hacen depender una sanción de ciertas condiciones, dependencia que se expresa mediante el concepto “deber ser”, los órganos no tienen que darles “la forma de tales enunciados (*statements*) hipotéticos de “deber ser”.⁸⁴ “Los distintos elementos de una norma están contenidos en productos muy diferentes del proceso legislativo y pueden ser expresados lingüísticamente en formas muy diferentes”.⁸⁵ Sin embargo, con independencia de la forma que les dé el legislador, “las normas jurídicas generales tienen siempre la forma de enunciados hipotéticos. La sanción estipulada por la norma es estipulada bajo ciertas condiciones”.⁸⁶

Es notorio entonces que Kelsen distingue entre la forma lingüística o gramatical de los textos legales, redactados en ocasiones como imperativos o como predicciones sobre el futuro, y lo que “la autoridad creadora de la norma quiere decir (*means*), que es que si se cumplen ciertas condiciones ‘debe ser’ ejecutada la sanción”. Igualmente da a entender que una vez establecida la forma lógica de las normas es irrelevante si los textos legales presentan la norma en una oración o en varias, las cuales pueden, incluso, formar parte de ordenamientos diferentes.⁸⁷

Una primera conclusión puede sacarse fácilmente. Las normas no son juicios, ni hipotéticos, ni categóricos, ni de ningún tipo. Para Kelsen los juicios son “enunciados sobre un objeto dado al conocimiento”,⁸⁸ son el sentido de actos de pensamiento, en tanto que las normas son el sentido de un acto de voluntad. Por esa razón de los juicios puede decirse que son

mas generales, “prejuicio” que eliminaba los actos jurídicos individuales en los cuales el estado se manifestaba más claramente (*ibid.*, p. xviii).

⁸¹ Kelsen [XXXI], p. 58.

⁸² Kelsen [XIII], p. 45.

⁸³ *Ibid.*, p. 46.

⁸⁴ Nos apartamos de la versión castellana por ser inconsistente en este punto. Traduce, en efecto, *statement* indistintamente por “enunciado”, “proposición” y también por “juicio”. Con ello se pierde la distinción que mantiene Kelsen en toda la obra entre *statement* y *judgment*. Incluso el término *sentence* (oración), es traducido a veces por “juicio” y a veces por “frase”, cuando Kelsen lo usa expresamente para referirse a la forma gramatical junto con el sustantivo *phrase* (*Ibid.*, pp. 45, 52, y ss., 192 y ss. de la edición española.)

⁸⁵ *Ibid.*, p. 45.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 38.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 45.

⁸⁸ Kelsen [XX], p. 73.

verdaderos o falsos, pero no así de las normas.⁸⁹ También puede concluirse que como hay normas hipotéticas y normas categóricas, lo que parece ser una diferencia estructural, entonces las normas tienen una forma o estructura.

En este punto surgen algunas cuestiones que ameritan ser vistas con detalle: ¿cuál es exactamente la estructura de las proposiciones jurídicas?, ¿cuál es la relación entre norma y proposición jurídica?, ¿refleja la estructura de la proposición a la de la norma?, ¿cuáles son los elementos de la norma jurídica?, ¿cuál es la diferencia entre una estructura hipotética y una categórica?

Un buen punto de partida para intentar despejar estas incógnitas es exponer la tesis de la teoría pura acerca de la estructura de las proposiciones jurídicas, especificando cada uno de sus elementos.⁹⁰ Las proposiciones jurídicas son “juicios hipotéticos que enuncian que conforme a un orden jurídico nacional o internacional, dado al conocimiento jurídico, bajo ciertas condiciones determinadas por este orden jurídico, ciertas consecuencias determinadas por este orden deben suceder”.⁹¹ Si se concibe al derecho como un orden coactivo, tal como lo hace la teoría, entonces la consecuencia que debe ser establecida en un acto coactivo.⁹² La condición no es siempre una conducta humana, ya que excepcionalmente puede ser un hecho; la consecuencia, en cambio, es exclusivamente conducta humana, esto es, el acto coactivo que debe ejecutarse.⁹³

De lo anterior se sigue que la conducta que constituye la condición del acto coactivo establecido por el orden jurídico es el hecho llamado ilícito o delito, y que el acto coactivo representa la sanción.⁹⁴ Hecho antijurídico y sanción son, pues, dos elementos de la proposición jurídica que describe al derecho. El elemento distintivo o específico es un tercero, precisamente el que la distingue de los enunciados que describen los fenómenos naturales de manera causal, es la cópula —deber ser— que vincula al ilícito con su consecuencia jurídica.⁹⁵ La expresión “deber ser” resulta, sin embargo, equívoca, y Kelsen se encarga de aclarar que comprende los tres significados de las funciones normativas: ordenar, permitir y conferir poder. En efecto, la expresión recibe un significado que va más allá del uso común en el que únicamente quiere decir “estar ordenado”.⁹⁶

Según Kelsen el análisis del pensamiento jurídico muestra que en las proposiciones jurídicas que describen el derecho se aplica un principio ordenador diferente del de la causalidad y al que denomina *imputación*. Su

⁸⁹ Kelsen [XXIX], p. 1464.

⁹⁰ Respecto a las diversas formulaciones de la proposición jurídica en la Escuela de Viena, en particular las de Kelsen, F. Kaufmann, Schreier y Bondy, véase Bondy.

⁹¹ Kelsen [XX], p. 73.

⁹² *Ibid.*, p. 114.

⁹³ *Ibid.*, pp. 105 y ss.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 116.

⁹⁵ La doctrina cuyas líneas generales resumimos aquí, se encuentra expuesta en Kelsen [XX], pp. 79-95, 103-106.

⁹⁶ *Ibid.*, pp. 5 y 81.

forma lógica es la de un juicio hipotético que puede esquematizarse así: “si A es, debe ser B”. Su principal diferencia con la causalidad, que también vincula dos elementos —causa y efecto—, es que la vinculación normativa de la proposición jurídica sólo es posible si una autoridad jurídica establece una norma. En otras palabras, tiene como condición un acto de voluntad que no figura en la formación de las leyes naturales. En tanto que la ley natural es un enunciado que describe la naturaleza, la ley (proposición) jurídica es el enunciado que describe al derecho.⁹⁷ El tercer elemento, el “deber ser”, expresa “solamente el sentido específico en que ambos hechos aparecen ligados entre sí mediante una norma jurídica, y esto quiere decir *en* una norma jurídica”.⁹⁸ Es la norma jurídica la que “prescribe algo y por ello establece primeramente la vinculación de los hechos, la conexión funcional, la cual será descrita por la proposición jurídica como ley jurídica”.⁹⁹

En suma, la estructura de la proposición jurídica, o ley jurídica como la llama aquí Kelsen para mantener la analogía con la ley natural,¹⁰⁰ sería: “si A es, debe ser B”, en donde A representa un enunciado que describe generalmente una conducta y excepcionalmente un hecho; B, un enunciado que describe un acto coactivo; y “debe ser”, un tipo de variable “M” para las tres modalidades normativas reconocidas en la teoría pura.¹⁰¹

Se vio por algunas de las citas anteriores que, en algún sentido, la norma jurídica contiene los elementos que integran la estructura de la propo-

⁹⁷ Ocasionalmente Kelsen habla de ley jurídica (*Rechtsgesetz*) como proposición jurídica, en oposición a ley causal.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 81.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 84.

¹⁰⁰ No sin riesgo de dar lugar a un equívoco, ya que la voz “ley” significa también norma general. El antecedente de tal vinculación normativa lo ve Kelsen en la “causalidad jurídica” de Zitelman. *Ibid.*, p. 83, nota.

¹⁰¹ Esta formulación del deber ser como variable se debe a Raz [I], p. 47. Aunque es fiel al texto de Kelsen, hace surgir problemas no previstos por la teoría, ya que, como se señaló anteriormente, al facultar a alguien a ejecutar los actos coactivos se le concede un poder jurídico y nunca un simple permiso. Un caso curioso sería la legítima defensa que está permitida y que puede interpretarse como acto coactivo. Esta interpretación es muy plausible dentro de la TPD, en la cual se postula que todo uso de la coacción es, o un delito o la ejecución de una sanción (Kelsen [XX], p. 43). El principio parece, por lo demás, discutible si se piensa en usos autorizados de la fuerza, por ejemplo en ciertos deportes. Otra consecuencia curiosa de esta interpretación que la TPD admitiría pero que tampoco conviene, es la de que el autor de la legítima defensa fungiría en ese trance como órgano del Estado. Otro problema es que la posibilidad de que la sanción esté ordenada se elimina si se piensa que esto sólo es posible si existe *otra* norma que establece una sanción coactiva dirigida al órgano que no cumpla con la *primera* norma. En ésta, pues, la sanción sólo puede estar autorizada, como lo ve el propio Raz (*op. cit. supra*, p. 85) quien habla de *permission* y argumenta contra la posibilidad de que esté ordenada. Todo esto repercute contra la afirmación de que “M” sería la conexión de toda proposición jurídica en Kelsen, ya que “M” tendría que restringir su ámbito a la modalidad de autorizar e incluir, quizás, permisión positiva. No se puede entrar aquí en estas cuestiones que constituyen obviamente defectos e imprecisiones del modelo kelseniano y no de su intérprete. Véase para la crítica del concepto de “órgano” en Kelsen, Ross [III] pp. 101 y ss.

sición jurídica, o sea que parece tratarse de estructuras muy similares ya que la proposición describe a la norma. Esto conduce a preguntas por el tipo de relación existente entre la norma y la proposición jurídica. A continuación se estudiará si los elementos vinculados en la proposición son o no iguales a los de la norma y en qué se distinguen.

Es verdad que lo que a este respecto puede encontrarse en los textos kelsenianos es muy escaso y da pie a interpretaciones diferentes. Para Kelsen las proposiciones jurídicas describen a las normas jurídicas de manera análoga a como las proposiciones de las ciencias naturales, leyes, describen a los fenómenos. La analogía, como es obvio, es limitada ya que el *status* ontológico de los fenómenos naturales, en tanto objetos físicos con existencia real, es diferente de la existencia ideal de las normas en tanto entidades abstractas.¹⁰² Además, las normas se crean por la intervención de actos de voluntad que no son necesarios en el caso de los fenómenos naturales. Otra diferencia notable es que el grado de precisión y exactitud alcanzado en las descripciones de las ciencias naturales no puede compararse con los modestos resultados de la dogmática jurídica que no requiere, en verdad, casi de ningún lenguaje técnico. Igualmente la conexión que se establece en los dos tipos de enunciados es distinta; en un caso, dice Kelsen, es a través del principio de causalidad y en el otro de la imputación. Sin embargo, salvo estas observaciones casi triviales, poco puede leerse directamente en Kelsen, por lo cual vale la pena un análisis más detallado.

En una nota de [XX] escribe su autor que las proposiciones:

- 1) N es vigente;
- 2) N es válida;
- 3) nos debemos comportar como lo prescribe N, y
- 4) N es obligatoria,

en las cuales N es una norma jurídica, son equivalentes en significado. En cambio:

- 5) N fue promulgada de hecho,

no significa lo mismo que las anteriores. Las primeras son la descripción o representación de una norma jurídica, pero (5) es una descripción del hecho cuyo sentido es N. Por esta razón las proposiciones (1), (2), (3) y (4) son proposiciones jurídicas y, en este sentido, "enunciados de deber ser", mientras que (5) no es un enunciado de deber ser, sino de ser. No obstante lo anterior, el "deber ser" de estas proposiciones jurídicas tiene, según Kelsen, un "carácter lógico diferente del 'deber ser' de las normas", pues no hay que olvidar que las proposiciones jurídicas, a diferencia de las normas, son descriptivas y no prescriptivas, teniendo, por lo tanto, valor de verdad.

¹⁰² Véase Raz [I], p. 46.

A reserva de volver sobre este curioso "deber ser descriptivo", llama la atención el hecho de que se sostenga que las proposiciones (1)-(4) tengan el mismo significado y que sean, por lo tanto, una sola proposición jurídica expresada mediante oraciones diferentes. En efecto, si se acepta que una descripción más exacta de esta norma N fuese hecha mediante el esquema canónico kelseniano y se dijera, entonces,

6) si es A, debe ser B,

en donde (6) fuese la descripción de N, habría que aceptar que (6) era una proposición jurídica, por lo cual los enunciados que además de describir la norma, afirman, o que es vigente, o que es válida, o que debe obedecerse, en realidad nada aumentan en significado. Esta es la consecuencia del positivismo extremo de Kelsen que quiere prevenir toda connotación moral que pudiesen tener los términos "validez" y "obligatoriedad". Para él la existencia, la vigencia, la obligatoriedad y la validez de una norma son la misma cosa.¹⁰³

Éstas no son sino algunas de las consecuencias, problemáticas las más, que se pueden sacar de las afirmaciones de la teoría pura. En esas condiciones conviene más recordar las interpretaciones que se han ofrecido tratando de precisar la relación entre normas y proposiciones jurídicas. Éstas pueden dividirse en dos grupos: a) las que sostienen que no sólo la terminología de Kelsen es incorrecta, sino que todo su tratamiento es confuso, y b) las que creen que si bien la terminología es infeliz, el enfoque es básicamente correcto si se introducen algunas nociones de lógica moderna.¹⁰⁴ Entre las primeras tiene especial importancia la de Alf Ross, de la que nos ocuparemos en su oportunidad. Otro crítico de la distinción kelseniana entre norma y proposición jurídica es Amselek, pero, como lo ha probado Kalinowski, sus reproches carecen de fundamento.¹⁰⁵ Entre los que se inclinan por la segunda interpretación, Hart cita a Golding,¹⁰⁶ quien afirma que la confusión es fácilmente superable.

El remedio propuesto por Golding es introducir la distinción entre *uso* y *mención*. En las normas jurídicas una oración es usada para regular la conducta de ciertos individuos, pero el jurista al hablar del derecho menciona tal oración.¹⁰⁷ Una solución semejante se encuentra también en Kalinowski¹⁰⁸ en una obra que, a diferencia de las anteriores, tomaba para

¹⁰³ Kelsen [XX], p. 82. En relación con este párrafo el comentario que hace Raz es engañoso porque se deja llevar por una mala traducción al francés, en la cual se vierte indebidamente "estar en vigor" (*in Kraft, in force*) en el original y "ser válida" (*in Geltung stehen*) como *être en vigueur*, en ambos casos. Raz [I], p. 48.

¹⁰⁴ En lo fundamental esta clasificación y lo que sigue se apoya en Hart [II], pp. 713 y ss.

¹⁰⁵ Véase Kalinowski, pp. 91 y ss.

¹⁰⁶ Golding, p. 78.

¹⁰⁷ *Ibid.* La distinción entre *uso* y *mención* de un término es bien conocida y puede encontrarse en cualquier texto de introducción a la lógica y a la filosofía del lenguaje, por ejemplo, los de Quine, Mates, Suppes, etcétera.

¹⁰⁸ Kalinowski, pp. 88 y ss.

su análisis [XX] en la cual la confusión terminológica era menor.¹⁰⁹ Kalinowski, advirtiendo que la distinción kelseniana entre normas jurídicas y proposiciones jurídicas es "algo oscura y se presta a confusión...", introduce la distinción entre lenguaje-objeto y meta-lenguaje. La palabra "debe" en la proposición jurídica es *parte del nombre* metalingüístico de la norma dada. El *Sollen* (debe) en tal proposición no es, como dice Kelsen, una cópula, sino un nombre metalingüístico de la norma en cuestión.¹¹⁰ El "deber" en una norma es una cópula propia de las normas (un operador o functor deóntico en la terminología de los lógicos actuales), pero el "deber" en la proposición jurídica es sólo una parte constitutiva de un nombre de la norma enunciado en un meta-lenguaje.¹¹¹

Aun cuando la especificación de la función descriptiva de la proposición jurídica es algo que se abordará en la parte relativa a la tarea de la ciencia jurídica, las tesis de Golding y Kalinowski tienen consecuencias en lo que se refiere a la estructura de la norma. En efecto, si se acepta que la relación entre norma y proposición, esto es, entre derecho y ciencia del derecho, es una relación entre lenguaje-objeto y meta-lenguaje, entonces no habría ninguna garantía de que la forma de los enunciados del lenguaje-objeto tenga que corresponder con la forma de los enunciados del meta-lenguaje.¹¹²

Aceptando entonces la interpretación anterior, la forma lógica de las normas y las proposiciones se convierte en una consideración que requiere una formulación más estricta de la sintaxis de ambas y que además no parece muy importante. Lo que es más interesante es la actitud de Kelsen frente a tal interpretación y las conclusiones que de ella obtuvo Hart. Éste narra que en su discusión con Kelsen le sugirió esta interpretación para defenderse de los ataques de Ross. Kelsen, sin embargo, la rechazó limitándose a insistir que era una distinción entre "enunciados de deber ser en sentido descriptivo" y normas. Posteriormente Hart reflexionó sobre la cuestión y produjo argumentos convincentes en el sentido de que la interpre-

¹⁰⁹ Kelsen abandonó las expresiones de [XIII] "normas" o "reglas en sentido descriptivo", adoptando la de proposición jurídica (*Rechtssatz*).

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 89.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 89, n. 11.

¹¹² Piénsese que, por ejemplo, el enunciado L "Si llueve, entonces se suspenderá el juego", puede ser descrito por el enunciado M. "Las palabras 'si' seguida de 'llueve', seguida de ', ', seguida de 'entonces' seguida de 'se', seguida de 'suspenderá', seguida de 'el', seguida de 'juego', forman un enunciado". L tiene la forma de un condicional, pero M no. La forma no tiene, pues, necesariamente que coincidir. Además, si aceptáramos que la proposición jurídica tiene forma hipotética, lo cual no correspondería por otra parte con los ejemplos (1), (2), (3) y (4), ello no querría decir que únicamente podría tener tal forma. Conforme a equivalencias lógicas elementales " $p \rightarrow q = (p \& - q)$ " o sea que "si A es, debe ser B" podría interpretarse como " $A \rightarrow OB$ " (si A, entonces obligatorio B), colocando el operador de obligación de modo que limite su alcance a B, y en esta interpretación (no la única posible) su equivalente " $- (A \& - OB)$ " dice exactamente lo mismo y no tiene forma condicional. La introducción de operadores y equivalencias lógicas tiene repercusiones en la tesis de la estructura de las proposiciones jurídicas y de las normas, en las que no podemos detenernos.

tación *uso y mención* no hace justicia a las relaciones entre la ciencia y el derecho, ya que el proceso de la primera se asemeja mucho más a una “reconstrucción racional” que a la idea de que las proposiciones jurídicas son perifrasis o enunciados de “segundo orden” acerca del derecho.¹¹³

Todo lo anterior no resuelve la cuestión de la estructura de las normas jurídicas, pero arroja alguna luz sobre la problemática circundante mencionada más arriba. En cuanto a la estructura de la norma es útil apuntar previamente un asunto relacionado con ella: el de las normas hipotéticas y categóricas.

Hay que recordar que Kant había dividido los juicios, de acuerdo a la relación, en hipotéticos (condicionales), categóricos y disyuntivos, y que esta división atendía a la forma de los mismos.¹¹⁴ Esta clasificación provenía de la lógica tradicional, en la cual las proposiciones “categóricas” o “incondicionadas” son las que no están compuestas por otras, en contraste con las que usan alguna conectiva (como ‘si... entonces’, ‘o’, ‘y’, etcétera).¹¹⁵ A su vez, el mismo Kant había distinguido dos tipos de imperativos: hipotéticos y categóricos. Los primeros ordenan una conducta *si* deseamos alcanzar cierto fin: la salud, la felicidad, etcétera. Los categóricos, en cambio, obligan a actuar de cierto modo, presentando tal conducta como necesaria incondicionalmente, esto es, ordenándola con independencia de cualquier fin deseado y de los resultados de dicha acción.¹¹⁶

Inspirado seguramente en tales clasificaciones, Kelsen dividió las normas jurídicas en condicionadas e incondicionadas. Las normas generales, dijo, tienen siempre la forma de enunciados hipotéticos. La sanción que estipulan está sujeta a ciertas condiciones. Las normas jurídicas individuales también pueden tener esta forma hipotética.¹¹⁷ Añadía más adelante que había, sin embargo, “normas jurídicas individuales que no tienen carácter hipotético”, dando como ejemplo una sentencia que condena a cierto individuo a dos años de cárcel. “Esta norma —finalizaba— es incondicional”.¹¹⁸

En [XX] mantuvo estas tesis, formulando además algunos argumentos en su favor. Parece haber, dice, normas sociales que prescriben un determinado comportamiento humano incondicionalmente, esto es, bajo todas las circunstancias y, en este sentido, son normas categóricas, en oposición

¹¹³ Véase Hart [II], pp. 714 y ss.

¹¹⁴ Véase Kant, *Lógica*, cap. II.

¹¹⁵ Véase A. Prior, *Encyclopedia of Philosophy*, tomo IV, p. 549 y tomo V, p. 36.

¹¹⁶ Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, cap. II, pp. 414 y ss.

¹¹⁷ Kelsen [XXII], p. 38.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 39. En relación con este párrafo se suscitó un malentendido, no el único, del profesor Stone, a quien Kelsen contestó señalándole que no afirmaba que las normas fuesen juicios, como decía Stone, sino que tenían forma o carácter hipotético, usando el término “hipotético” en el sentido de Kant al distinguir los imperativos. El malentendido puede suscitarse, con mayor razón, con la versión castellana de este libro, en la que en ocasiones se traduce *rule of law* como norma, leyéndose así, por ejemplo, que “...una norma jurídica es un juicio hipotético...” en vez de la expresión correcta “...una proposición jurídica es un juicio hipotético”. Véase con relación a Stone, Kelsen [XXXI], pp. 58-60 y con relación a la traducción al español la p. 390 de la misma.

a las hipotéticas, como por ejemplo: "no debes matar". Sin embargo, si fuesen realmente categóricas no podría aplicárseles el principio de la imputación; por eso, aun las normas que prescriben simplemente una omisión no pueden ser categóricas. Se dice que ni siquiera éstas, ya que es evidente que una acción positiva no puede prescribirse incondicionalmente, puesto que sólo es posible en determinadas circunstancias. No obstante, sigue argumentando Kelsen, tampoco una omisión puede normarse incondicionalmente; de otro modo, tales normas podrían observarse o violarse incondicionalmente. Aun las omisiones, continúa, son posibles solamente bajo determinadas condiciones. Si se cumplieran en cualquier condición, el deber de no matar se cumpliría, por ejemplo, en el sueño y éste sería el estado moral ideal. La condición bajo la cual se norma la omisión de una determinada acción es el conjunto de circunstancias en las cuales la acción es posible. Además, concluye, en ninguna sociedad conocida hay prescripciones, ni de acciones ni de omisiones, que no admitan una excepción. Como consecuencia del anterior argumento Kelsen pretende mantener que toda norma general produce una relación entre dos hechos, la cual puede describirse con la proposición de que bajo determinadas condiciones una determinada consecuencia debe suceder. De este modo cree salvar Kelsen la tesis de que toda norma jurídica general puede ser descrita por una proposición jurídica. Empero, admite nuevamente que las normas individuales pueden ser categóricas en el sentido de que prescriban, faculden o permitan positivamente un determinado comportamiento de un cierto individuo, sin vincularlo a una determinada condición. Esto último no significa, por supuesto, que no pueden existir normas individuales hipotéticas.¹¹⁹

Una dificultad incidental sale al paso. Se aceptaba que todas las normas jurídicas del sistema eran, o podían ser, descritas por proposiciones jurídicas de estructura hipotética. Ahora bien, conforme a lo anterior, además de que nada garantiza el isomorfismo norma-proposición, esto parecería valer con respecto a todas y cada una de las normas jurídicas generales, pero dada la tesis kelseniana de que puede haber normas jurídicas de carácter individual, estas últimas, en el caso de ser categóricas no podrían ser descritas por una proposición jurídica hipotética y, en consecuencia, no les sería aplicable la categoría o principio de la imputación. A este respecto se encuentra una idea muy interesante en Kelsen cuando indica que la ciencia jurídica describe las normas jurídicas individuales "de manera análoga a como la ciencia natural describe un experimento correcto con referencia a una ley natural que se manifiesta en el experimento".¹²⁰ Con esto se asegura de que la descripción de toda norma jurídica aparezca como proposición hipotética de la forma "si A es, debe ser B", ya que toda

¹¹⁹ Kelsen [XX], pp. 106 y ss.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 85. Nos apartamos aquí de la traducción literal del original alemán que dice "se manifiesta en la ley", ya que es un "sin sentido" y parece más bien un error de imprenta. Véase las traducciones al inglés, francés e italiano que concuerdan con la nuestra.

forma particular alude siempre a una general como supuesta, análogamente a como toda descripción de un fenómeno natural que pretenda formar parte de la ciencia natural aludiría a una ley o hipótesis general de estructura condicionada.¹²¹

Aunque los razonamientos expuestos arriba ameritan ser considerados cuidadosamente, lo cual se hará al contrastarlos con los de Ross (cap. V-2.2), puede concluirse al menos que Kelsen acepta que las normas tienen una estructura, aun cuando curiosamente no son enunciados, ni juicios, ni oraciones, sino “sustratos de sentido” de actos de voluntad. Una manera de evadir esta dificultad es afirmar que la forma corresponde a las expresiones lingüísticas de tales normas, dejando de lado la cuestión ontológica (si son entidades mentales, ideales o conductas).

A partir de la obra de Von Wright,¹²² se considera que el análisis de las normas prescriptivas, ejemplificadas por las leyes del Estado, puede distinguirse en ellas componentes o partes, algunos de los cuales formarían el *norm-kernel*, o sea, la “estructura lógica” común a las prescripciones y a todos los tipos de normas. Utilizando estas ideas, Raz ha intentado un análisis de la estructura de las normas jurídicas en varios teóricos, en particular Bentham y Kelsen. Sostiene que de las afirmaciones de este último puede inferirse cuáles son los elementos y la estructura de la norma jurídica. Aunque no define específicamente lo que entiende por estructura, da a entender que son los elementos de la norma y el orden en que se encuentran dispuestos. Como elementos señala Raz, inspirado por Von Wright, el carácter deóntico de la norma, que en el caso de Kelsen es la modalidad normativa “deber ser”; la condición de realización, que sería aquella parte de la norma que determina la ocasión en que el agente ha de actuar como está especificado; el agente o sujeto destinatario de la norma y, por último, el acto o conducta del sujeto que estipula la norma.¹²³

En vista de que esta es una interpretación hecha a partir del texto de [XIII], conviene recordar la última exposición acabada de la teoría para calificar su corrección. En la última edición de *La teoría pura del derecho* se nos dice que toda norma incluye un acto humano de voluntad dirigido a la conducta de otro. Que tales actos ordenan o permiten o confieren poderes. Además, toda norma estatuye como “debiendo ser” a un comportamiento que es su contenido. Se habla también de un destinatario al cual la norma obliga.¹²⁴ Más adelante se especifica que el comportamiento regulado por la norma jurídica es siempre humano y que en él se distingue “un elemento personal y un elemento material”, esto es, el ser humano que

¹²¹ Alchourrón y Bulygin han desarrollado la idea de la “marcada analogía que existe entre la estructura lógica de la justificación normativa y la de la explicación causal”. En un caso se explica un hecho de acuerdo a ciertas leyes y en el otro se justifica el *status* normativo de una acción de acuerdo a un sistema normativo. Véase Alchourrón y Bulygin [I], pp. 168 y ss. Véase también esta idea en Perelman [II], pp. 58 y 59.

¹²² Von Wright [I], cap. V.

¹²³ Véase Raz [I], pp. 50 y ss.

¹²⁴ Kelsen [XX], pp. 5 y ss.

debe actuar y la manera como debe hacerlo. Estos últimos dos elementos están unidos inseparablemente.¹²⁵

De lo anterior se desprende que sin duda el carácter deóntico, el sujeto o destinatario y el acto caracterizado deónticamente son elementos esenciales de la norma.¹²⁶ Kelsen habla, además, del acto de voluntad creador de la norma, indicando que puede ser individual, como en el caso de la autoridad, o un acto de "voluntad colectiva", como en el caso de las normas consuetudinarias.¹²⁷ Esto último sugeriría la posibilidad de incluir el elemento autoridad o creador de la norma como esencial; no obstante, no parece conveniente, entre otras razones, por el énfasis que se ha puesto en la tesis de que la validez y existencia de una norma puede continuar aun cuando el acto de voluntad cuyo sentido fue la norma, es decir, el acto que la creó, haya cesado de existir.¹²⁸ En otras palabras, es cierto que toda norma jurídica proviene de un acto humano de voluntad y que éste es condición necesaria para su existencia; pero una vez que la norma existe, la existencia de dicho acto deja de ser necesaria. En cuanto a la condición, como cuarto elemento, se ha dejado ya constancia de la doctrina del jurista vienés en el sentido de que toda norma general es condicionada y sólo algunas normas individualizadas tienen el carácter de incondicionadas. Sin embargo, dado que dentro de la estructura del orden jurídico las normas particulares derivan y dependen de las normas generales (las únicas completas, como se verá), en principio la interpretación de Raz relativa a la estructura de las normas jurídicas en Kelsen es correcta.¹²⁹

La caracterización de la norma jurídica no sería completa si se omitiera el planteamiento y la evolución de una cuestión que afecta, en alguna medida, a las restantes analizadas y que puede denominarse: norma primaria y norma secundaria.

En [VII] aborda Kelsen una cuestión, aparentemente incidental, pero que tendría gran trascendencia. Al detallar el conjunto de condiciones del acto coactivo, decía que podía dividirse mediante la "hipótesis auxiliar" de que la conducta que fundamenta la aplicación del acto coactivo debe ser evitada. En efecto, apoyándose en un ejemplo, sostiene que una norma jurídica típica estipula que: si alguien ha celebrado un contrato y no cumple con lo pactado, puede dirigirse un acto de ejecución en su contra a instancia de la otra parte. Ahora bien, de acuerdo con lo dicho antes, el incumplimiento sería la conducta que fundamentaría el acto coactivo y, por ende, puede incluirse en el supuesto de la norma la "hipótesis auxiliar" de que se deben cumplir las cláusulas del contrato. Esta sería evidentemente una norma y

¹²⁵ *Ibid.*, pp. 13 y ss.

¹²⁶ Queda la duda de cómo es posible que una norma jurídica para Kelsen pueda tener una función distinta de la de obligar; algo se verá más adelante.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 9.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 10. La cuestión de la validez se tratará en la sección relativa al "sistema normativo".

¹²⁹ Esto no significa que no pueda haber otras interpretaciones correctas, por ejemplo, analizando la norma en términos de sus ámbitos de validez. Véase Vernengo, *op. cit.*, p. 214 y en el mismo sentido Oñate, *op. cit.*, pp. 73 y ss.

Kelsen la llama "norma secundaria", definiéndola como aquella que tiene por contenido la conducta que evita la sanción. La "norma primaria", en cambio, es la que establece la condición de la sanción. En su opinión la norma secundaria es una norma jurídica pero "no autónoma" o "dependiente" (*unselbständig*). Es sólo una hipótesis que tiene como propósito presentar con más claridad al hecho condicionante, aunque, en el fondo, "es realmente superflua".¹³⁰

En [XIII] repitió esas ideas apuntando que se podía suponer que la norma jurídica se divide en dos normas separadas: 1) un individuo "debe" observar cierta conducta, y 2) otro individuo "debe" ejecutar una sanción en caso de que se viole la primera norma. Sin embargo, como la primera norma "es superflua en la exposición exacta del derecho..." y "...está contenida en la segunda que es la única norma genuina", entonces la primera depende de la segunda, que estipula la sanción. Tal dependencia se expresa llamando a la segunda "norma primaria" y "norma secundaria" a la primera.¹³¹

Debido a las innovaciones introducidas en la versión final de la teoría pura, no es difícil ver que se requirieron modificaciones a la tesis anterior. Tomando un ejemplo simplificado se diría que: A) "si x celebra un contrato de mutuo, debe pagar en la forma y términos pactados", y B) "si x no paga en la forma y términos pactados, debe ser ejecutado civilmente" describen lo que se llamó una norma secundaria y una norma primaria respectivamente. Sabemos, además, que (B) describe una norma dirigida al órgano jurisdiccional, confiriéndole poder para aplicar un acto coactivo, ya que decir que "debe ser la sanción" no equivale a decir que está ordenada, como se insinuaba antes. El comportamiento ordenado, dice ahora Kelsen, no es el comportamiento que "debe ser", puesto que ya no confunde "deber" y "deber ser" (*Pflicht* y *Sollen*). Lo que "debe ser" es la consecuencia del comportamiento contrario al ordenado: la sanción. Que una conducta está ordenada significa que la conducta contraria es condición del "deber ser" de una sanción. A su vez, el "deber ser" de la sanción no significa que esté ordenada, sino que se tiene el poder jurídico de ejecutarla. Para que estuviese ordenada se requeriría otra norma distinta de las descritas por (A) y (B) que previene una sanción para la no ejecución del acto coactivo descrito en (B).¹³²

Kelsen no habla ya de norma primaria y secundaria, sino que reformula una vieja noción para dar cabida a este y otros casos más complejos: la noción de norma dependiente.¹³³ El primer caso corresponde, más o menos, a la antigua clasificación, siendo descrito en los siguientes términos: si una norma ordena una determinada conducta y una segunda "estatuye" una sanción para el caso del incumplimiento de la primera, ambas "están esencialmente vinculadas". La primera no es independiente (o autónoma), aun-

¹³⁰ Kelsen [VII], pp. 51 y ss.

¹³¹ Kelsen [XIII], pp. 60 y ss.

¹³² Kelsen [XX], p. 26.

¹³³ *Ibid.*, pp. 55 y ss.

que parezca prescribir una conducta, ya que en realidad sólo determina negativamente la condición a la que la segunda vincula la sanción; y no lo es porque como la segunda determina positivamente la condición de la sanción, la primera es "superflua desde el punto de vista de la técnica legislativa".

El segundo caso comprende las normas que confieren poderes para crear normas jurídicas, caso típico el de las normas constitucionales que regulan los procedimientos legislativos. Estas normas no estatuyen sanciones, pero según Kelsen determinan una de las condiciones bajo las cuales han de ordenarse y ejecutarse los actos coactivos estatuidos por otras normas.¹³⁴

El tercer caso lo integran las normas que permiten positivamente un comportamiento, las cuales limitan el ámbito de validez de la norma que prohíbe tal conducta. De ellas dice Kelsen que sólo en contacto con las normas prohibitivas "tiene sentido" y que ambas forman una unidad.¹³⁵

El cuarto caso incluye las normas que precisan el sentido de otras, por ejemplo, al definir o interpretar los conceptos que aparecen en ellas.¹³⁶ Por último, un caso ya mencionado anteriormente abarca las llamadas normas derogatorias.

Todas estas normas, a las que llama también incompletas, tienen en común una característica negativa, la de no estatuir un acto coactivo. Como característica positiva tendrían la de estar "en conexión esencial" con normas sancionadoras, ya que "sólo son normas jurídicas en conexión con las normas que estatuyen actos coactivos".¹³⁷

No se oculta la motivación de esta ampliación de la teoría pura: está destinada a mantener la definición del derecho como un orden coactivo de la conducta humana. Entendiendo que la definición afirma que todas las normas jurídicas tienen la propiedad de estatuir una sanción coactiva, el número de contraejemplos era tan elevado que la haría poco útil. En esas circunstancias la línea de defensa consistió en sostener: 1) que el carácter coactivo del orden jurídico no implicaba que todas y cada una de sus normas lo fuesen, y 2) que, sin embargo, las normas que no estatuyen sanciones están en conexión esencial con aquellas que sí, puesto que "determinan una de las condiciones bajo las cuales han de ordenarse y ejecutarse los actos coactivos estatuidos por otras normas".¹³⁸

El análisis del concepto de norma en Kelsen no sería completo sin una mención de dos tipos de normas, claves para la comprensión del orden jurídico. Casi desde sus inicios la teoría pura ha insistido en la distinción entre normas generales y normas individuales o particulares. En [I] se hablaba ya de las normas generales y abstractas, distinguiéndolas de los actos jurídicos concretos de ejecución. De este modo la actividad del Estado aparecía

¹³⁴ *Ibid.*, pp. 52 y 244.

¹³⁵ *Ibid.*, p. 56.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 58.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 244.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 52. Este enfoque "definicional" se asemeja al usado por los jusnaturalistas para argumentar que "el derecho es moral". Véase su crítica en Raz [VII], pp. 162 y ss.

como “actualización del orden jurídico”, como actos de ejecución determinados en las normas generales y abstractas. Para explicar la relación entre ambos se desechaba la posibilidad de una “deducción lógico-formal”, ya que en todos los casos de ejecución existe, en buena medida, una libertad discrecional del órgano. Se le comparó entonces análogamente con la relación entre concepto abstracto y representación concreta. El objeto representado tiene un mayor número de propiedades que las especificadas por el concepto; sin embargo, para caer bajo el concepto ha de tener las que son esenciales a éste.¹³⁹

Posteriormente Kelsen desarrolló la tesis en el sentido de que tales actos individuales eran concebidos como derecho y, por tanto, tenían el carácter de normas jurídicas individuales. Esta tesis, es sabido, se conecta con la concepción dinámica del derecho y con la identificación Estado-derecho.¹⁴⁰ La teoría pura incluyó desde entonces a las sentencias, resoluciones administrativas, contratos, etcétera, como normas jurídicas. Se sostuvo que el proceso de autocreación jurídica se iniciaba con la constitución, continuaba con la legislación y la costumbre y conducía a las decisiones judiciales y a la ejecución de la sanción. Este proceso iba “de lo general y abstracto a lo individual y concreto. Es un proceso de individualización y concretización creciente y constante”. Las normas generales y abstractas deberán de ser individualizadas y concretizadas si han “de tener contacto con la vida social y ser aplicadas a la realidad”.¹⁴¹

La relación a que se aludía en [I] se planteaba ahora entre las normas generales y las normas individuales o, mejor dicho, entre normas que regulaban la creación de otras dentro de este proceso de concretización. ¿Qué relación había entre la constitución y una ley?, ¿entre una ley y una sentencia?

A lo largo de la obra kelseniana hay varios párrafos que esbozan una respuesta. En un artículo de 1927 al comentar la relación del acto de individualización y concretización con el hecho condicionante, declara Kelsen que es más que la “mera función lógica de subsunción (*subsumption*) de lo individual en lo general”; la así llamada “subsunción” del hecho bajo la norma general es un acto de creación.¹⁴² Pocos años después, al comentar acerca de la relación entre las leyes y la Constitución escribía que un acto creador de una ley es un hecho (*Tatbestand*) regulado por la constitución, por lo cual puede ser subsumido bajo la Constitución, “como cualquier hecho bajo cualquier norma”. Un hecho puede subsumirse bajo una norma sólo en tanto la norma regula al hecho, esto es, lo estatuye como condición o consecuencia.¹⁴³ Finalmente, en uno de sus últimos ensayos habla nuevamente de esta relación, ahora entre la norma general y la norma individual y acepta que hay una “relación lógica” a la que llama

¹³⁹ Kelsen [I], pp. 505 y ss.

¹⁴⁰ *Ibid.*, pp. xiii y ss.

¹⁴¹ Kelsen [XIII], p. 135 y [XX], pp. 236, 242 y ss.

¹⁴² Kelsen [VIII], pp. 261 y 267.

¹⁴³ Kelsen [XI], p. 1887.

subsunción, diciendo que lógicamente es del mismo tipo que la que existe entre una representación concreta y un concepto abstracto. No obstante esto, la validez de la norma individual no se sigue lógicamente de la validez de la norma general, ya que la constatación del juez "no es sólo una subsunción lógica, sino que tiene un carácter jurídico constitutivo".¹⁴⁴ Se advierte en lo anterior el deseo de conceder, no siempre de muy buen grado, que hay una relación lógica, pero subrayando en todo momento que ella no agota ni explica la relación en cuestión, dado el elemento creativo presente en toda concretización de una norma más general.¹⁴⁵

En Kelsen parecía haber, por un lado, una identificación de generalidad y abstracción, paralela a la de la individualización y concretización, cuyas consecuencias se harán visibles al confrontarlo con Ross. Por otro lado, no era muy explícito en la definición de lo que entendía por norma general y por norma individual. La sentencia, escribió, es una norma individual, con validez limitada a un caso concreto; la ley, en cambio, es una norma general. El criterio decisivo de distinción estaría en el número de casos a que era aplicable, ya que la norma general puede aplicarse "a muchos casos".¹⁴⁶

En una de las últimas publicaciones de Kelsen, que formaba parte de una obra más general, se encuentran precisiones específicas con respecto a la distinción en cuestión.¹⁴⁷ La norma individual es definida como aquella que especifica "un determinado comportamiento único e individual de un determinado hombre único e individual", por ejemplo: "el ladrón Rodríguez debe estar en prisión por un año", o la orden del padre al hijo: "cierra la ventana". La norma tiene, en cambio, carácter general, cuando alude a un "determinado comportamiento general de una determinada clase calificada de hombres", por ejemplo: "los ladrones deben ser castigados con prisión por los jueces competentes". Sin embargo, resalta Kelsen que el criterio no radica en el número de individuos a que se dirige la norma sino en el tipo de comportamiento. Así, si se establece que lo debido por un hombre determinado "no es un determinado comportamiento único e individual, sino un comportamiento general", la norma tiene carácter general, por ejemplo: "Pablo, debes ir los domingos al templo" o "Pablo, no debes mentir". Dado el caso en que se ordene a un grupo de individuos determinados una acción u omisión única e individual, se tendrán tantas nor-

¹⁴⁴ Kelsen [XXVI], pp. 1492 y ss.

¹⁴⁵ Desgraciadamente la relación de "subsunción" no es caracterizada en ninguna parte. Considerando los ejemplos, parece la relación entre un objeto mental concreto —representación— y una entidad abstracta —concepto—, pero también entre el objeto físico y el concepto, eliminando el fenómeno psíquico. Esto último parece corresponder a la distinción tradicional entre un universal y un individuo, la cual en algunas concepciones recientes es vista como una relación de pertenencia entre los miembros de un conjunto y éste último. En la lógica tradicional, usada por Kelsen, se usaba el término "subsunción" tanto para la relación de inclusión de un subconjunto en un conjunto, como para la relación de pertenencia de un miembro a una clase. Véase García Máynez [II], p. 136

¹⁴⁶ Kelsen [XX], pp. 20 y 313.

¹⁴⁷ Kelsen [XXIX], pp. 1464 y ss.

mas como sujetos a quienes se dirige, por ejemplo la orden de un padre a sus tres hijos de que feliciten a su maestro al cumplir 50 años es analizada por Kelsen como tres normas individuales. La diferencia decisiva estará en si el comportamiento regulado por la norma es “una cantidad previamente indeterminada de acciones u omisiones”; en caso contrario será una norma individual o tantas como sujetos determinados sean los destinatarios. Kelsen cree, además, que si la norma se dirige a una categoría de hombres, esto implica que el comportamiento regulado es previamente indeterminado y se trata, por lo tanto, de una norma general.

Consciente Kelsen de que se ha apartado del uso del lenguaje y de la teoría tradicional al llamar norma a lo que se considera mandato, u orden, concreto, ya que la idea de norma sugeriría la generalidad o abstracción, combate tal consideración sosteniendo que tales mandatos son también normas. La creencia de que es esencial a la norma el ser general, proviene del uso lingüístico en que “regla” se usa también para designar regularidades fácticas. Para él, la naturaleza de la norma jurídica no depende de su carácter general o individual.¹⁴⁸ Vale la pena mencionar que no es una idea que sea revolucionaria ya que Aristóteles había sugerido que los contratos tenían el mismo carácter de la ley.¹⁴⁹

5. *El sistema jurídico según Kelsen*

Ningún análisis de la concepción kelseniana de las normas en general y de las normas jurídicas en particular, estaría completo sin la consideración de su teoría acerca de los sistemas normativos y, en especial, del sistema jurídico. En efecto, el objeto de la teoría general es el derecho y éste está constituido por normas, pero como bien ha escrito Raz: “Kelsen fue el primero en insistir que ‘es imposible comprender la naturaleza del derecho si limitamos nuestra atención a una regla única aislada’ ”.¹⁵⁰

Haciendo un poco de historia acerca de la idea de sistema jurídico en [XX], conviene recordar que en [I] se reconocían exclusivamente las normas generales y a los actos individuales y concretos del Estado como integrantes del derecho. Una modificación significativa consistió en calificar a tales actos como creadores de normas, con lo cual el concepto de orden jurídico pasó a comprender también normas jurídicas individuales.¹⁵¹ Este paso se dio, nos dice Kelsen, al reconocer plenamente la identidad Estado-derecho.¹⁵² La consecuencia de esta tesis fue que la unidad del sistema jurídico no podía ya ser estática. Dado que el contenido de las normas indi-

¹⁴⁸ *Ibid.*

¹⁴⁹ García Máynez [I], p. 97.

¹⁵⁰ Raz [I], p. 2.

¹⁵¹ En lo sucesivo se usarán indistintamente “sistema” y “orden” jurídicos, pues Kelsen no distingue ambas expresiones. Véase respecto a estas nociones Alchourrón y Bulygin [1], en especial p. 89, n. 1, y Alchourrón y Bulygin [11].

¹⁵² Kelsen [I], pp. xiii y ss.

viduales va más allá de la norma general, el punto de vista unitario tiene que ser dinámico, es decir, la unidad es "la unidad de una regla de creación", misma que es caracterizada en la teoría como la "norma básica", "regla de creación suprema que fundamenta la unidad de todo el sistema".¹⁵³ Esta visión se complementa con el reconocimiento y presentación del orden jurídico como sistema generador de normas escalonadas jerárquicamente en su concretización a partir de la constitución y por escalones intermedios (leyes, reglamentos, decretos, contratos, sentencias, etcétera) hasta los actos jurídicos individuales de ejecución. La teoría de la gradación o de la estructura jerárquica (*Stufenbautheorie*), debida a Merkl, terminó así como la oposición absoluta que existía en [I], relativizando los conceptos de ley y ejecución, creación y aplicación del derecho, normas generales e individuales, abstractas y concretas.¹⁵⁴

Este bosquejo histórico de cómo y por qué surgió la concepción de sistema jurídico que conservó la teoría pura, puede ser ampliado si se señalan las concepciones dominantes en aquel entonces. Por un lado, un grupo de teorías tradicionales, ejemplificadas por Austin y más tarde por Duguit, conferían una posición privilegiada a la ley o norma general, identificando el sistema jurídico con el conjunto de normas generales. Por otro lado, un grupo de teorías opuestas daban un papel exclusivo o casi exclusivo al derecho de los tribunales, reduciendo en ocasiones las normas generales a meras "fuentes del derecho". Para estos doctrinarios —Kantorowicz, Geny Gray, Frank, etcétera, era natural que la idea misma de sistema jurídico fuese rechazable.¹⁵⁵ En contraste con ellas la [XX] buscó abarcar los diferentes fenómenos —constitución, leyes, reglamentos, sentencias, etcétera— en un sistema unitario. Era claro, además, que las teorías disputantes reflejaban sistemas jurídicos diferentes (continental-europeo y anglo-americano respectivamente), mientras que la [XX] pretendía ser una visión general, pluralista y antiideológica.¹⁵⁶

Esbozados así el contexto y las motivaciones que contribuyen a explicar una parte de la [XX], se procederá a desarrollar esta doctrina. Indudablemente que el punto de partida filosófico de Kelsen radicaba en el idealismo crítico de Kant y en lo que respecta a la noción de sistema no se trata de una excepción. En la *Crítica de la razón pura* distingue Kant al sistema de un mero agregado de elementos, indicando que el sistema implica unidad, principio por el cual quedan determinados tanto el ámbito de la multiplicidad de elementos, como la posición que guardan entre sí.¹⁵⁷ Sin embargo, lo característico en Kant es que la unidad sistemática es para él una unidad de conocimiento, es precisamente la unidad que lleva los conocimientos vulgares al rango de la ciencia. A su vez, la unidad sistemática requiere como fundamento de una idea *a priori*.¹⁵⁸

¹⁵³ *Ibid.*, p. xiv.

¹⁵⁴ *Ibid.*, pp. xv y ss.

¹⁵⁵ Véase Ebenstein, p. 155 y Alchourrón y Bulygin [I], pp. 50 y ss.

¹⁵⁶ Ebenstein, *op. cit.*, p. 157.

¹⁵⁷ Kant [II], B 860.

¹⁵⁸ *Ibid.*, B 860 y 862.

Fiel a la tesis kantiana, Kelsen acepta que no puede haber un sistema de objeto de conocimiento, en este caso normas, si no hay una ciencia jurídica. Por lo tanto, el sistema normativo presupone epistemológicamente a la ciencia como un sistema de conocimientos. La unidad del derecho es idéntica al postulado de la unidad de la ciencia jurídica. El material de la ciencia jurídica, anota Kelsen, se transforma en un sistema unitario y libre de contradicciones mediante el conocimiento de la ciencia jurídica.¹⁵⁹ De manera aun más expresa suscribe el postulado kantiano de que “en todo conocimiento hay una tendencia inmanente a la unidad del objeto conocido”.¹⁶⁰ El criterio positivo de la unidad es un punto de vista que unifique al conocimiento normativo, un principio que condicione toda la experiencia jurídica: la norma básica. Todo lo cognoscible a través de ella es derecho. El criterio negativo de la unidad es la ausencia de contradicción. El conocimiento jurídico, como todo conocimiento, comprende a su objeto como un todo pleno de sentido, esto es, carente de contradicciones, y busca describirlo en proposiciones que no se contradigan.¹⁶¹ Las consecuencias de esta doctrina de la unidad del derecho pueden formularse, siguiendo a Hart, en dos tesis: 1) toda norma válida pertenece a un sistema único, es decir, sólo hay un sistema de normas válidas, y 2) las normas válidas no pueden estar en conflicto.¹⁶²

Hasta aquí el sistema normativo aparece como un conjunto unitario de normas sin conflicto, pero Kelsen introduce después la noción de “orden jurídico” de la siguiente manera: “Un ‘orden’ es un sistema de normas cuya unidad se constituye en virtud de que todas tienen el mismo fundamento de validez”.¹⁶³ El orden jurídico supone entonces un fundamento de validez común: la norma básica. En este punto Kelsen separa dos métodos “de derivación” conforme a los cuales puede construirse un sistema, procediendo a especificarlos denominándolos “principio estático” al uno y “principio dinámico” al otro.¹⁶⁴

Conforme al primero, la validez de las normas de un sistema de este tipo se deriva del contenido de una norma básica (NB) que lo fundamenta; en otras palabras, las normas de un sistema estático se pueden “deducir mediante una operación lógica” a partir del contenido de la NB.¹⁶⁵ De acuerdo con el segundo principio, la NB presupuesta confiere sólo facultades

¹⁵⁹ Kelsen [XX], p. 74.

¹⁶⁰ Kelsen [XIII], p. 410 y Klecatsky *et al.*, vol. I, p. 232.

¹⁶¹ Kelsen [XX], pp. 209 y ss. y 329; [IX], p. 341.

¹⁶² Hart [IV], p. 171. En una nota Hart dice que (1) le recuerda la tesis kantiana de que “sólo hay un espacio”. La influencia kantiana había sido notada desde mucho antes. Véase Ebenstein, cap. IV. Respecto a (1) conviene destacar que la unidad implica la exclusividad, tan importante en el planteamiento de las relaciones entre derecho nacional e internacional y entre derecho y moral. Véase Kelsen [XIII], p. 410.

¹⁶³ Kelsen [XX], p. 32.

¹⁶⁴ Kelsen [XIII], p. 399.

¹⁶⁵ Kelsen [XX], p. 198. Kelsen habla de la deducción como una conclusión de lo general a lo particular o, en otras partes, de subsunción. En ambos casos la terminología exigiría más precisión conforme a las pautas de la lógica moderna.

para constituir una autoridad, es decir, es una "regla que determina cómo deben crearse las normas generales e individuales del orden que se apoya en ella". La derivación no es aquí una deducción y la NB no proporciona el contenido de las normas restantes, sino que únicamente fundamenta a aquellas que observan una determinada forma de creación, por lo que tal derivación es denominada más bien "delegación".¹⁶⁶

En opinión de Kelsen "el sistema normativo, representado como orden jurídico, tiene esencialmente un carácter dinámico". Una norma jurídica no es válida por su contenido, sino por su forma de creación.¹⁶⁷ En consecuencia, el orden jurídico no es un sistema de normas jurídicas coordinadas y yuxtapuestas, sino una gradación con diversos niveles. Su unidad se establece mediante la conexión de creación, cadena de validez, que desemboca en la NB (norma básica) que proporciona la unidad.¹⁶⁸ El orden jurídico es, entonces, un sistema de normas generales e individuales conectadas entre sí de manera que la creación de cada norma perteneciente al sistema está determinado por otra norma perteneciente al sistema y, en última instancia, por la NB, la cual al constituir el fundamento de validez de toda norma perteneciente a un orden jurídico, constituye también la unidad de dicha pluralidad de normas.¹⁶⁹

En aparente correspondencia con los dos principios existen tanto una teoría estática como una teoría dinámica del derecho en el seno de la teoría pura. En la primera la atención se centra sobre el elemento norma y sobre la conducta contenida por la misma, teniendo como objeto el derecho en tanto sistema de normas que son válidas. El derecho es visto, por así decirlo, en reposo. En la segunda el análisis recae sobre el proceso jurídico mediante el cual se crea y aplica el derecho, contemplándose a éste como un sistema que regula su propia creación.¹⁷⁰ Empero la correspondencia es más bien aparente, ya que no se trata de concebir en un caso al derecho como sistema estático, es decir, conforme al principio estático, y en el otro de captarlo conforme al principio dinámico. El derecho es en todos los casos un sistema esencialmente dinámico y la división de su estudio parece corresponder más bien a la elucidación de los conceptos jurídicos fundamen-

¹⁶⁶ *Ibid.*, pp. 198 y ss.

¹⁶⁷ *Ibid.*, pp. 200 y ss. Al decir "esencialmente" Kelsen no excluye la presencia del principio estático, es decir, no negaría que de una norma jurídica válida pueden derivarse lógicamente otras normas (o quizá diría que es la misma norma) que pertenecerían al mismo sistema, aun cuando no se mencionasen expresamente. Por ejemplo, si "todos los ciudadanos mayores de dieciocho años tienen la obligación de votar" es una norma válida, también lo es "todos los ciudadanos de treinta años de edad tienen la obligación de votar". Incluso Kelsen señala que la moral cristiana combina también los dos principios, ya que la fundamentación misma de los diez mandamientos se deriva dinámicamente de la NB: "Se deben obedecer los mandatos de Dios". Kelsen no considera, pues, que los dos tipos de sistema se excluyan, sino que consistirían más bien "tipos ideales" (Weber), concepto que por lo demás aparece con cierta preferencia en la TPD.

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 228.

¹⁶⁹ *Ibid.*, pp. 239 y 209.

¹⁷⁰ *Ibid.*, pp. 72 y ss., 283.

tales relacionados con el de norma y con la estructura y naturaleza de la misma, en el caso de la estática jurídica y al análisis de los conceptos y problemas de la estructura jerárquica en el caso de la dinámica.¹⁷¹

Es oportuno a esta altura detenerse en dos conceptos básicos para la comprensión de la estructura del sistema jurídico, los cuales serán además cuestionados por Ross: el de NB y el de validez. Comenzando por la noción de validez, su primera aparición en la teoría se remonta a [I]. Allí distingue su autor entre la validez de las leyes naturales, que radica en su verdad, esto es, en que se den las relaciones afirmadas por ellas, y la validez de las normas. Si las leyes naturales no valen por producir sus efectos (algo que claramente no hacen), parecería que en cambio las normas destinadas precisamente a este fin pudieran valer en tanto y sólo en tanto producen sus efectos (o son eficaces [*wirken*]). Sin embargo, según Kelsen, su validez no podrá consistir nunca en un ser, sino en un deber ser. Una norma vale en tanto debe ser obedecida y aun una norma ineficaz sigue siendo norma.¹⁷² Esta idea se aplica a las normas jurídicas, de las cuales dice expresamente el fundador de la Escuela de Viena: "Si una proposición jurídica (norma) existe formalmente, sin eficacia real, el jurista tiene que constatar su existencia formal, la única que para él tiene la norma".¹⁷³ Para el jurista, dice más adelante, todas las normas tienen la misma obligatoriedad, esto es, no hay normas más obligatorias que otras, ya que toda su obligatoriedad, su carácter normativo, proviene única y exclusivamente de la voluntad del Estado.¹⁷⁴

El germen de la teoría kelseniana de la validez jurídica está contenido en esas ideas: 1) la validez es una propiedad de las normas, a diferencia de la verdad como propiedad de los enunciados del ser; 2) la validez no puede confundirse con la eficacia, la primera corresponde al mundo del deber ser y la segunda al mundo del ser; 3) la validez equivale a la existencia formal, única que cae dentro del ámbito de la ciencia jurídica; 4) la validez implica obligatoriedades, y 5) la validez (y la obligatoriedad) se derivan de la voluntad del Estado, es decir, no tienen un fundamento trascendente tal como Dios o los valores, ni tampoco uno natural o fenoménico, ya que hay que recordar que la voluntad del Estado no era entendida como un fenómeno psicológico.¹⁷⁵

Con relación a (1), una innovación consistió en hablar además de la validez como una propiedad, no sólo de las normas jurídicas, sino del orden

¹⁷¹ La compatibilidad de ambos análisis no está exenta de dificultades ya que lo que se diga en una parte afectará a la otra. Así, por ejemplo, las determinaciones tomadas sobre la estructura de la norma jurídica influyen en la estructura del sistema jurídico, resultando de ello dos conceptos diferentes de norma. Véase sobre ello Walter [II] y Raz [I], pp. 50 y ss., y 100 y ss. El segundo construye una teoría diferente para resolver estos problemas, mientras que Walter intenta solucionarlos dentro de las líneas de la TPD.

¹⁷² Kelsen [I], pp. 13 y ss.

¹⁷³ *Ibid.*, p. 49.

¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 56.

¹⁷⁵ Respecto a este último punto, la introducción de la NB en lugar de la voluntad estatal intentó aclararlo y llevó la doctrina a su forma definitiva.

en su totalidad, con lo cual Kelsen pareció no advertir que no por ser ésta una propiedad de las normas, hay garantía de que podrá predicarse del orden jurídico como conjunto de normas sin incurrir en falacias graves, ya que lo que se predica de los elementos de un conjunto, no corresponde siempre al conjunto (así por ejemplo, el conjunto de los seres humanos no es él mismo un ser humano).¹⁷⁶ Esta falla dio pie a algunas críticas y ciertas distinciones por parte de Ross, las cuales se verán posteriormente (cap. IV-8). Al calificarla como una propiedad de las normas, Kelsen conseguía darle un grado de objetividad que la hacía independiente de los deseos y de la voluntad de los sujetos para quienes la norma pretende ser válida, entre otras razones porque son fenómenos empíricos extraños al campo del conocimiento normativo.¹⁷⁷ No aspiraba, empero, a una validez absoluta de tipo jusnaturalista, dado que siempre afirmó que la validez del derecho positivo era sólo hipotética y relativa.¹⁷⁸

Con respecto a (2), la relación entre validez y eficacia, confiesa Kelsen que "la correcta determinación de esta relación es uno de los más importantes y al mismo tiempo más difíciles problemas de una teoría positivista del derecho, siendo sólo un caso especial de la relación entre el deber ser de la norma jurídica y el ser de la realidad natural".¹⁷⁹ Entre las dos tesis extremas: la idealista que mantiene una completa independencia entre ambas y la realista (por ejemplo, Ross) que tiende a identificarlas, la teoría pura aspira a mantener una posición intermedia. La validez, tanto de una norma como del orden jurídico como un todo, está condicionada por la eficacia. Las condiciones para el orden jurídico son, por un lado, los actos mediante los cuales son creadas sus normas y, por otro, la eficacia general de dicho orden. Para la norma jurídica aislada son: el acto por el cual es creada, la eficacia de tal norma y el hecho de que el orden jurídico como un todo sea también, en general, eficaz.¹⁸⁰

En cuanto a (3), es recurrente la afirmación de que la expresión "validez" designa la existencia específica de una norma: ¿qué significa, pregunta Kelsen, decir que "hay (o existen) normas"? ¿cómo son objetos posibles de conocimiento y, por lo tanto, de juicios? Es obvio, responde, que no existen como los objetos perceptibles por los sentidos, dado que son entidades ideales. Por eso, para expresar la existencia de una norma decimos que vale, ya que su validez es una existencia específica, diferente de la existencia de un hecho.¹⁸¹ Claro está que el que no sean hechos no dice mucho con relación a su manera particular de existir, si se acepta que puede ha-

¹⁷⁶ Véase como ejemplo de este uso Kelsen [XXVIII], p. 941, en donde afirma que "la existencia específica de un orden jurídico es su validez".

¹⁷⁷ Klecatsky *et al.*, *ibid.*, vol. I, p. 157.

¹⁷⁸ Esto obedecía a las características de la NB que veremos después. Kelsen [XX], p. 47 y también [VIII], p. 256.

¹⁷⁹ Kelsen [XX], p. 215.

¹⁸⁰ En su réplica al profesor Stone explicita Kelsen las afirmaciones de [XX] en [XXXI], p. 63. Ciertamente con relación a la norma aislada ha habido cierta ambigüedad en la TPD.

¹⁸¹ Kelsen [XX], p. 9, [XIX], p. 1418 y [XXIII], pp. 2, 120 y ss.

ber muchas clases de entidades con una existencia diferente de la fáctica (proposiciones, números, ficciones).

Lo que sabemos es que las normas son un "contenido de sentido" (*Sinn-gehalt*), específicamente el sentido de un acto de voluntad. Así, aunque dependen de hechos físicos y naturales para existir, no son hechos naturales. Kelsen cita expresamente a Husserl al hablar de la existencia ideal (*ideel* y no *ideal*) de las normas, como distinta de las del ser real (*reales sein*), significando con ello que su existencia es de un tipo distinto de la de los objetos de que puede echarse mano.¹⁸² Kelsen distingue entonces dos modos de existencia, el ser, propio de los hechos naturales, y la validez, propia de las normas. Esto se conecta con la división categorial ser deber-ser, ya que la validez de la norma es un deber ser. Esto no quiere decir que no tenga ningún contacto con los hechos, la existencia de la norma está condicionada por ciertos hechos, pero su existencia no se identifica con ellos. A toda costa quiere Kelsen evitar el error de confundir la norma con el acto de voluntad que la produce. Sin embargo, no es muy explícito en señalar de qué otra condición depende la existencia de la norma. Siendo una existencia o validez objetiva, no dependerá sólo de la voluntad o deseos de un sujeto, ni de muchos. Más aún, tiene que haber *algo* no natural que la sustente, aunque obviamente ni un ente supernatural, ni siquiera entidades o valores platónicos son los que se tiene en mente. Lo poco que se da a entender es que tales hechos devienen normas al ser interpretados como deber ser y no como un mero querer. La noción o categoría de deber ser (y la de NB) desempeñan aquí un papel clave, por más que esta noción es en sí misma primitiva o indefinible. Está uno tentado a decir que esta modalidad, como la de *necesidad* son categorías básicas de un determinado marco conceptual.

De las escasas observaciones sobre el tema pueden sacarse todavía algunas ideas. Si para Kant la existencia de un objeto físico se daba siempre dentro del tiempo y el espacio, para Kelsen la existencia o validez de una norma será siempre relativa a un tiempo y a un espacio. Para él es impensable una norma que carezca de sus ámbitos espacio-temporales, pues aun cuando no se especifiquen se les supone, en el mejor de los casos, de manera indefinida.¹⁸³ Por último, después de la segunda edición de su obra central, llamó la atención sobre una idea que él mismo había compartido y que revisó en sus últimos años. Aunque siempre dijo que las normas no eran ni verdaderas ni falsas, en sus comentarios sobre la aplicación de la lógica a las normas había dado a entender que había cierta analogía entre verdad y validez. Al modificar sus tesis sobre la relación entre el derecho y la lógica, vino a sostener que no existía tal analogía.¹⁸⁴

¹⁸² Kelsen [XXIII], pp. 120 y ss.

¹⁸³ Kelsen [XX], pp. 9 y ss.

¹⁸⁴ Kelsen [XXIII], p. 2. En esta obra no se tratará la doctrina kelseniana de las relaciones entre derecho y lógica, pero sobre este punto específico de la analogía entre validez y verdad puede verse Von Wright [I], pp. 196 y ss., quien dice también, casi con las mismas palabras, que la analogía entre validez y verdad es mala y que la primera no es ni sustituto ni paralelo de la segunda.

En relación con (4), se repite en innumerables ocasiones que el decir que una norma vale o que tiene validez significa que es obligatoria, esto es, que debemos comportarnos conforme a ella.¹⁸⁵ Atendiendo a estas equivalencias de significado, la existencia de una norma jurídica implica su obligatoriedad. No sorprende entonces que Kelsen identifique también la expresión “una norma jurídica es válida” con “una norma está en vigor [*in Kraft, in force*]”, las cuales significarían también que la conducta estatuida por esta norma debe suceder.¹⁸⁶ No está de más recordar que la obligatoriedad a la que hace referencia Kelsen es exclusivamente jurídica y de ninguna manera moral (al menos esa es la expresa intención del autor).

Por último, en lo que toca a (5), sabemos ya que la teoría pura se enriqueció notoriamente con la introducción del concepto de NB, que vino a sustituir a la idea original de la voluntad del Estado como fundamento del orden jurídico. La pregunta por el fundamento (o razón) de la validez de una norma jurídica es la pregunta de por qué se debe obedecer esta norma. La respuesta de la teoría ha sido siempre señalar que el fundamento de validez de una norma sólo puede consistir en la validez de otra norma. Al trasladar la pregunta al fundamento de validez de todo el orden jurídico positivo, que equivale a responder a la pregunta de “por qué se debe obedecer a sus normas”, nos vemos llevados a la cuestión del fundamento último de validez del derecho positivo: la NB.¹⁸⁷

En [I], como se sabe, Kelsen postulaba como fundamento último del derecho a la voluntad del Estado. Ciertamente no la entendía como una voluntad psicológica sino que, tras una minuciosa discusión de teorías contemporáneas, acerca de si la voluntad estatal era una ficción o una abstracción (Jellinek), concluía que era una “construcción jurídica”. Esta construcción era un concepto que resultaba “de muy determinados procesos intelectuales (*Denkvorgängen*), provenientes de una consideración desde el punto de vista normativo, que se llevaban a cabo en el seno mismo de lo abstraído”.¹⁸⁸ Esto quería decir, más o menos, que a partir del material normativo se realizaban operaciones mentales, tales como juicios, que conducían, por un proceso de abstracción, a ciertos conceptos contruidos para comprender el material. Pretendía negar con esto que fuese una abstracción a partir del mundo de los hechos, pero de ningún modo quedaba claro qué clase de método se empleaba en tal construcción.¹⁸⁹ En todo caso esta creación “originaria” del derecho positivo era considerada más allá del ám-

¹⁸⁵ Kelsen [XX], p. 196.

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 81.

¹⁸⁷ Kelsen [XXIV], p. 1445 y [XX], p. 196. La pregunta ¿por qué? es engañosa, ya que induce a creer que se buscan causas psicológicas o sociológicas de la obediencia. En realidad se buscan razones y por ello otros autores al tratar esta cuestión en Kelsen hablan de la “justificación”. Véase Raz [I], pp. 128 y ss. y [II].

¹⁸⁸ Kelsen [I], p. 181.

¹⁸⁹ Véase cap. VI de Kelsen [I]. No se sabe si era una “construcción lógica”, una “reducción fenomenológica”, una “deducción trascendental”. Por cierto que se dice allí mismo que el concepto “importación” era también otra construcción.

bito de lo jurídico y de sus construcciones, así como la creación originaria de la vida y todo surgimiento de lo animado a partir de lo inanimado están más allá de la esfera de la explicación de la ciencia natural.¹⁹⁰

Esta concepción, un tanto misteriosa, se sustituyó pocos años después (1913-1914), cuando al concebir al derecho positivo de manera dinámica, presentó Kelsen la doctrina de la NB como presupuesto que fundamentaba la validez y la unidad de las normas jurídicas (es justo reconocer, y Kelsen nunca lo negó, que a esta doctrina contribuyeron de manera relevante A. Verdross y L. Pitamic). En armonía con [I], la creación de esta NB hipotética seguía siendo “un hecho situado fuera del sistema jurídico”.¹⁹¹

Se ha visto ya que como neokantiano, Kelsen consideraba que la unidad de las normas del sistema jurídico sólo era lógicamente posible a partir de un punto de vista unitario proporcionado por el conocimiento —en este caso jurídico— y su tendencia inmanente a la unidad. Se sabe, además, que un tal sistema unificado de normas jurídicas constituía un orden jurídico que se derivaba de manera dinámica, por conexión de delegación, de modo que las normas superiores fundamentaban la validez de las inferiores, remontándose al procedimiento hasta una primera constitución, la más antigua históricamente o una constitución revolucionaria, la cual no pudiese ya derivarse de ninguna norma ulterior de derecho positivo.¹⁹² Por lo anterior se ve que la NB ¹⁹³ está destinada en la teoría a cumplir ambas funciones, por un lado la función teórica de unificar el conocimiento de las normas jurídicas, y por otro, la de conferir validez a la primera constitución, otorgando al primer legislador los poderes jurídicos que permitirán interpretar sus actos como creadores de normas jurídicas válidas, siendo éstas la primera constitución y todas las normas creadas conforme a ella.

Es interesante señalar que ambas funciones aparecen en importantes filósofos alemanes que influyeron sobre Kelsen. En primer término Kant, quien al clasificar las leyes obligatorias para las cuales es posible una legislación exterior, las divide en aquellas cuya obligatoriedad puede ser reconocida también *a priori* por la razón, sin necesidad de legislación externa, llamándolas naturales, y las que sin legislación externa no obligan, a las cuales llama positivas. Dicho esto se encuentra un párrafo que vale la pena citar: “Pudiera pensarse que hubiese una legislación externa que contuviese sólo leyes positivas, pero tendría que ser precedida por una ley natural que fundamentara la autoridad del legislador (es decir, su competencia para vincular a otros mediante su simple arbitrio).”¹⁹⁴ Como se ve, Kant plan-

¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 410.

¹⁹¹ *Ibid.*, pp. xiv y ss.

¹⁹² En toda la exposición se omiten las complicaciones que resultarían introduciendo al derecho internacional, y su respectiva NB, ya que no afectan sustancialmente el esquema anterior de la teoría pura.

¹⁹³ Esta norma es llamada también “norma fundamental” (*Grundnorm*), “norma fundamental hipotética”, “norma originaria” y “constitución en sentido lógico-jurídico” a lo largo de los escritos de la Escuela de Viena.

¹⁹⁴ Kant, *Metaphysik der Sitten*, Introducción, IV.

tea aquí con toda claridad el problema del fundamento del derecho positivo, señalando que tiene que ser una norma de derecho no positivo, esto es, natural.¹⁹⁵

Por otra parte Husserl, que aunque menos influyente en la formación del pensamiento kelseniano conformó, empero, en buena medida, la atmósfera filosófica de habla alemana a principios de siglo, utilizó el término NB para designar el enunciado normativo que funciona como principio unitario de la ciencia normativa y que la distingue en otras ciencias. Es una especie de definición que al mismo tiempo “determina la unidad de la disciplina y también lleva el pensamiento de la normatividad a todas sus proposiciones”.¹⁹⁶ La NB sirve aquí para unificar una ciencia normativa, conservando a la vez un carácter definitorio y normativo semejante al de la NB de la teoría pura. La tensión entre ambas funciones, así como entre su naturaleza prescriptiva y definitiva se hará notar más adelante.

El contenido de la NB se expresa generalmente con la conocida fórmula: “debe ser lo que estatuye la suprema autoridad”, o un equivalente: “debe obedecerse la constitución”; sin embargo, estas son meras abreviaciones de su formulación completa, que según Kelsen está descrita por el enunciado: “los actos coactivos deben ser establecidos bajo las condiciones y del modo como lo estatuyen la primera constitución estatal histórica y las normas creadas conforme a ella”.¹⁹⁷

En tanto norma que fundamenta un orden jurídico positivo, de acuerdo con el axioma kelseniano de que el fundamento de validez de una norma sólo puede ser otra norma válida, tiene que ser ella misma válida. Advirtiendo el problema del *regressus ad infinitum*, Kelsen escapa diciendo: “La NB vale no por haber sido creada de cierto modo, sino que en virtud de su contenido es presupuesta como válida.”¹⁹⁸ Como su validez no deriva de su forma de creación, ni de otra norma, vale (¿existe?, ¿es obligatoria?) por su contenido, lo que llevó a Kelsen a decir: “Vale por tanto —exceptuando que sólo vale hipotéticamente— como una norma del derecho natural.”¹⁹⁹ No es, ni puede ser, derecho positivo, esto es, no ha sido puesta por ninguna autoridad en el tiempo y en el espacio. Sin embargo, la alternativa de considerarla derecho natural iría en contra de los postulados positivistas de la teoría, por lo cual es relativizada al darle una validez supuesta. Además, la función cognoscitiva que se le hace desempeñar permite comprender mejor las afirmaciones de su autor. Éste establece una analogía con las categorías kantianas, en tanto condiciones de posibilidad

¹⁹⁵ En algún momento Kelsen llamó a su NB derecho natural lógico-trascendental, pero después rechazó la expresión. Igualmente negó que fuese derecho natural, ya que no tenía como función la justificación ético-política del derecho positivo. Kelsen [XX], pp. 442 y ss.

¹⁹⁶ Husserl, *Logische Untersuchungen*, secc. 11, 14 y 16. Sobre la diferencia entre las concepciones de ciencia normativa de Husserl y de Kelsen, véase Kalinowski.

¹⁹⁷ Kelsen [XX], pp. 203 y ss. Otra variante en Kelsen [IX], p. 299.

¹⁹⁸ Kelsen [IX], pp. 294 y ss. Texto que aparece como apéndice de [XIII], pp. 391-446; también en [XXXI], pp. 69 y ss.

¹⁹⁹ Klecatsky *et al.*, *loc. cit.* y Kelsen [XIII], p. 401.

del conocimiento, ya que la NB sería, en el mejor de los casos, "derecho natural lógico-trascendental".²⁰⁰ En efecto, su carácter formal no impone ni excluye ninguna conducta humana como posible contenido del derecho, no afirma, en palabras de Kelsen, ningún valor trascendente al derecho positivo.²⁰¹

La función cognoscitiva consiste en fundamentar la validez objetiva de un orden jurídico positivo, en tanto orden coactivo de normas puestas por actos humanos, las cuales son en general eficaces. Hay aquí una función epistemológica porque permite interpretar el sentido subjetivo de estos actos, como actos creadores de normas, esto es, dándole a los mismos un sentido objetivo.²⁰²

En relación con esta función de la NB es importante resaltar el desarrollo de las ideas de Kelsen. El texto de 1928 a que se hizo mención más arriba (originado a partir de una conferencia ante la *Kant Gesellschaft* de Berlín), mencionaba repetidas veces las funciones de la NB subrayando la de comprender como derecho, cierto material históricamente dado. Sólo presuponiendo la NB era posible que este material fuese interpretado como derecho y no como un hecho; sólo así se le comprendía como un todo significativo y libre de contradicciones.²⁰³ La otra función, que era la de fundamentar la validez del orden jurídico, aparece en otros textos de la misma época,²⁰⁴ en los que se habla incluso de que cumple la función de "instalar una autoridad".²⁰⁵

En contraste con lo anterior, se puede leer en uno de los últimos textos de Kelsen: "La función de la NB no es permitir que se considere como derecho a un orden coactivo que es en general eficaz, puesto que, de acuerdo con la definición proporcionada por la teoría pura, un *orden jurídico* es un orden coercitivo que es en general eficaz; la función de la NB es permitir que se considere a este orden coercitivo como *objetivamente válido*."²⁰⁶ En otras palabras, aun sin la NB es posible afirmar la existencia de un orden jurídico, en la medida en que se dé un orden coactivo eficaz, caso que Kelsen ilustra con un comunista que no supone la NB, pero que no niega la existencia del orden jurídico capitalista.²⁰⁷ Este nuevo planteamiento de Kelsen presenta algunos problemas, ya que apoyará algunas críticas en Ross que se verán posteriormente.

No conviene pasar por alto el que, al fundamentar la validez de un orden jurídico, la NB lleva a cabo otra función que es la de constituir la unidad de una pluralidad de normas y, con ello, responder a la pregunta ¿por

²⁰⁰ Kelsen [IX], pp. 339 y ss. y [XIII], pp. 437 y ss.

²⁰¹ Kelsen [XX], p. 204.

²⁰² *Ibid.*, p. 205.

²⁰³ Kelsen [IX], pp. 286 y ss., 295, 299 y 339.

²⁰⁴ Kelsen [IX], pp. 96 y ss.; [IV], p. 251.

²⁰⁵ Como se ve, la NB cumple varias funciones. No se verá aquí hasta qué punto son compatibles y distintas, pero indudablemente acarrearán problemas. Tal fue el tema de una conferencia, hasta donde sé no publicada, que le escuché en México a E. Bulygin. La crítica se originó sin embargo, en Vernengo [II].

²⁰⁶ Kelsen [XXI], p. 70. Los subrayados son del autor.

²⁰⁷ *Ibid.*

qué una norma determinada pertenece a un orden determinado?²⁰⁸ La NB permite reconocer así qué normas integran un determinado sistema, aunque con ello surjan nuevos problemas. En efecto, reconocida la independencia de la juridicidad de un sistema con relación a su validez, quedaría en pie la pregunta de si se puede seguir hablando de normas en el caso de un orden coactivo y eficaz no fundamentado. Si se responde que sí, aceptando curiosamente la existencia de normas no válidas, su pertenencia habrá de decidirse sin recurrir a la NB, echando mano, por ejemplo, de la constitución. Si se contesta que no podría hablarse de normas, tendríamos que el concepto de norma no es condición necesaria para hablar de derecho, en cuyo caso habría que modificar la definición de derecho como conjunto de normas coactivas y eficaces. La alternativa conduce, en ambas salidas, a cuestionar la teoría pura y aunque Kelsen jamás se planteó las consecuencias de sus últimas ideas, éstas facilitan las críticas de Ross.

Una evolución muy interesante ha sufrido también la caracterización de la NB como "presupuesta", "supuesta", o "hipotética". En 1920 sostuvo Kelsen que la justificación de esta norma se hacía en base a un principio más general: el principio de economía de E. Mach. En efecto, en 1917 un miembro de la Escuela de Viena, Leonidas Pitamic hizo notar que siendo imposible justificar lógicamente a la NB, el criterio y la justificación para escoger cuál de entre varios conjuntos de normas ha de considerarse en un tiempo y en un espacio dados como el derecho positivo, habría de ser el principio de economía del pensamiento de Mach. De acuerdo con este principio se establecería como presupuesto material para la construcción, a las normas jurídicas que más coincidan con las representaciones de deber ser más eficaces. El punto de partida que se escoge es, entonces, el que toma más en cuenta a la realidad.²⁰⁹ Que la elección de la NB no era de ningún modo arbitraria fue una idea que Kelsen repitió a lo largo de sus escritos. Sin embargo, la justificación de la NB fue desplazada al nivel de las categorías kantianas *a priori*, ajelándose con ello un tanto de la orientación pragmatista de la tesis de Mach.

Aceptando esta línea kantiana, se suscitaba la pregunta por el método utilizado para "descubrir" la NB. Kelsen decía que la formulación de la NB hacía consciente lo que todo jurista hace aun inconscientemente al concebir su objeto normativamente, rechazando al derecho natural.²¹⁰ Este método no es nuevo, es sólo "explicitar, mediante el análisis de los procedimientos reales de la ciencia, las presuposiciones lógicas de los métodos que se han usado siempre".²¹¹ Más tarde diría Kelsen: "Un análisis de los juicios en que interpretamos como jurídicos los actos, es decir, como actos cuyo sentido objetivo son normas, muestra el *presupuesto* que hace posible esta

²⁰⁸ Kelsen [XX], p. 196. La pregunta es un tanto ambigua; en realidad se busca un criterio de membresía conforme a la terminología de Raz [I].

²⁰⁹ Véase Pitamic.

²¹⁰ Kelsen [IX], p. 286 y [XIII], p. 395 y [XX], p. 209.

²¹¹ Kelsen [IX], p. 300 o [XIII], p. 406. La traducción al inglés es ligeramente diferente.

interpretación.”²¹² La NB está, pues, presupuesta en el pensamiento jurídico.²¹³

Aun cuando ocasionalmente había dicho que la ciencia jurídica presupone la NB, posteriormente Kelsen precisó que esto no era totalmente correcto. La ciencia jurídica no puede establecer, ni tampoco suponer normas. La ciencia jurídica simplemente constata que si y sólo si se presupone la NB, la constitución puede ser vista como válida.²¹⁴ Estas modificaciones llevaron a una presentación más detallada de la doctrina de la NB, con la que se creía resolver las inconsistencias anteriores.²¹⁵ Si la NB no puede ser una norma querida, esto es, no puede ser el sentido de un acto de voluntad, sino sólo el contenido de un acto de pensamiento, es entonces una norma supuesta y no puesta. Si su enunciación en la premisa mayor de un silogismo que fundamenta la validez objetiva de las normas es lógicamente indispensable, escribe Kelsen, entonces sólo puede ser una norma pensada. No es querida por la ciencia jurídica, es decir, por el jurista, es pensada como un presupuesto. La ciencia se limita a constatar epistemológicamente que es la condición para interpretar el acto creador de la constitución con un sentido objetivo.²¹⁶

A pesar de su avanzada edad, más de 80 años, Kelsen continuó reflexionando sobre los problemas de la NB y el producto de sus reflexiones aparece en sus últimos escritos. En 1962, con motivo de un coloquio filosófico en Salzburgo, anunció Kelsen algunas modificaciones en sus puntos de vista. El principio de que toda norma es el sentido de un acto de voluntad le parece indiscutible, equiparándolo al dualismo entre norma y enunciado, entre ser y deber ser. En el fondo se trata de la radical división entre querer y pensar, entre la voluntad y la razón. Este principio es indispensable, entre otras razones, porque tiene como consecuencia inevitable que sólo haya valores subjetivos y no objetivos, esto es, que no existan valores cuya validez sea tan objetiva como la verdad de los enunciados acerca de la realidad. El principio, empero, tiene otra consecuencia: ninguna norma puede ser el sentido de un acto del pensamiento, conclusión que afecta la tesis de que la NB no era el sentido de ningún acto de voluntad, sino que estaba presupuesta en el pensamiento. “No puedo, dice francamente, seguir sosteniendo esa doctrina y tengo que abandonarla.” La NB es una norma ficticia que presupone un acto de voluntad ficticio que la crea. No puede haber normas simplemente pensadas que sean el sentido de un acto de pensamiento.²¹⁷

A partir de lo dicho en las discusiones del coloquio de Salzburgo, existen dos textos en que el maestro de la Escuela de Viena mantiene e incluso abunda en las modificaciones apuntadas. En 1964 escribió, en respuesta a

²¹² Kelsen [XX], p. 47. El subrayado es del autor.

²¹³ *Ibid.*, p. 23.

²¹⁴ Kelsen [XV], p. 1391.

²¹⁵ Kelsen [XX], p. 208, nota.

²¹⁶ *Ibid.*, pp. 9 y 206 y ss.

²¹⁷ Kelsen [XXIII], pp. 3, 5, 119 y ss.

sus propias observaciones, que al pensar la NB se tiene que pensar simultáneamente en una autoridad imaginaria cuyo acto ficticio de voluntad tiene como sentido a la NB. La NB es entonces una auténtica ficción en el sentido de la filosofía del "como si" (*Als ob*) de Vaihinger.²¹⁸ Hay que recordar que en 1919 había publicado Kelsen un artículo sobre la teoría de las ficciones, en el cual consideraba de manera muy particular la obra de Vaihinger. En él se exponía el concepto de ficción, caracterizado por Vaihinger tanto por su fin como por sus medios. El objetivo de la ficción era el conocimiento de la realidad y el medio, una falsedad, una contradicción. Sin embargo, este apartamiento de la realidad servía para alcanzarla.²¹⁹ Una ficción se caracteriza no sólo por contradecir a la realidad, sino por ser en sí misma contradictoria. No obstante, es un auxiliar mental, un concepto auxiliar del que nos servimos cuando no podemos alcanzar un propósito intelectual mediante el material dado. Aplicando estas ideas a la NB de cualquier orden, en particular del jurídico, concluye Kelsen que la suposición de ésta contradice a la realidad, ya que no existe una norma tal, que sea el sentido de un acto real de voluntad. Además, es contradictoria en sí porque representa la autorización otorgada a una autoridad jurídica suprema, surgiendo con ello una autoridad ficticia, colocada incluso por encima de la autoridad suprema. Por otra parte, el propósito intelectual perseguido con tal ficción es la fundamentación de la validez de las normas que constituye un orden jurídico positivo. La NB no es, pues, una hipótesis, sino una ficción.²²⁰

El último escrito publicado hizo referencia nuevamente al problema, manteniendo la tesis de que la teoría de la voluntad, uno de cuyos axiomas era *Kein Sollen ohne Willen* (ningún deber ser sin un querer), impedía aceptar la tesis jusnaturalista de que hay normas que son el sentido de actos de pensamiento, dado que la razón no puede crear normas, sino sólo conocer las que han creado una autoridad mediante actos de voluntad. La NB es entonces pensada como si hubiese sido puesta por una autoridad, respetando de este modo el principio con la introducción de un querer ficticio.²²¹ En [I] Kelsen había combatido la tesis de colocar una ficción como fundamento del derecho positivo; ahora, al final de su carrera, acepta la ficción. El círculo se había cerrado.²²²

6. La naturaleza de la norma según Alf Ross

En la exposición de las ideas de Ross acerca de la norma, no se hará referencia a sus primeras obras, difícilmente accesibles, tomándose como

²¹⁸ Kelsen [XXV], p. 1977.

²¹⁹ [V], p. 1216.

²²⁰ Kelsen [XXV], pp. 1977 y ss.

²²¹ Kelsen [XXIX], pp. 1461 y ss.

²²² Si bien las tesis acerca de la NB no son todas compatibles, tienen en común el rechazo del pensamiento sustancialista y trascendente del jusnaturalismo. Lo que sucede es que reflejan las diversas influencias filosóficas no siempre compatibles, del pensamiento kelseniano, en especial el kantismo y el empirismo positivista.

punto de partida el libro *Hacia una ciencia realista del derecho*.²²³ Ya el título y el prefacio de este texto hacen ver que la intención del autor es concebir el derecho como un fenómeno social y su estudio como una ciencia empírica enclavada dentro de la psicología social. Se pretendía con ello un acercamiento al pensamiento jusfilosófico angloamericano de corte realista, al mismo tiempo que un rechazo del punto de vista tradicional, tanto del jusnaturalismo, como del idealismo kantiano, alegándose que ambos daban por resultado un dualismo conforme al cual el derecho pertenece tanto “al mundo de los hechos empíricos, como al mundo metaempírico de las ideas eternas, al reino de la validez”.²²⁴

Como puede apreciarse ya en estas líneas introductorias, uno de los conceptos clave en el ataque de Ross es el de validez y la estrategia utilizada para la liquidación del dualismo es ofrecer una interpretación de este concepto en términos de “racionalizaciones de experiencias emocionales”, lo cual permite su inclusión en el mundo de los hechos. Es fácilmente comprensible que en esta línea de ataque se encuentre también el concepto tradicional de norma, ya que al colocar en el mismo nivel a la validez y a la normatividad, los argumentos utilizados son prácticamente idénticos. Por todo esto los dos temas tienen que ser desarrollados paralelamente.

Desde el inicio escribe Ross que en las concepciones modernas el derecho es concebido como fenómeno en el mundo de la experiencia y como norma en el mundo ideal, lo cual da lugar a un dualismo entre lo físico y lo metafísico; lo empírico y lo *a priori*; lo real y lo ideal; la existencia y la validez; el fenómeno y la proposición (norma) obligatoria.²²⁵ Señala también que las versiones de este dualismo son tan variadas, como los medios por lo que se trata de explicarlo o eliminarlo. Sin embargo, ni siquiera aquellos que optan por una teoría científica, desconociendo toda metafísica —el realismo sociológico y la teoría pura—, logran resolver las antinomias insolubles que, en opinión de Ross, afectan a toda teoría del derecho. El intento de éste es elaborar por vez primera una teoría realista sin dualismo ni antinomias. Con ese objeto en mente, después de pasar revista a las doctrinas predominantes, hace su diagnóstico y propone el remedio. Por un lado se encuentra a los teóricos que coinciden en que el concepto de derecho tiene una validez supraempírica.²²⁶ Incluso en la teoría pura, aun cuando se distingue entre el contenido del deber ser jurídico (coacción) y el moral, “no hay diferencia entre el *deber ser* moral y el jurídico en cuanto *deber ser*...”, siendo en ambos casos la misma naturaleza del deber ser normativo: “una racionalización de la conciencia de validez”. La validez formal de la teoría pura, aunque diferente de la validez racional práctica, es también supraempírica.²²⁷

²²³ Publicado en inglés como *Towards a Realistic Jurisprudence: A Criticism of the Dualism in Law*.

²²⁴ *Ibid.*, pp. 11 y ss.

²²⁵ *Ibid.*, p. 15.

²²⁶ Lask, Radbruch, Geny, etcétera. Véase p. 39.

²²⁷ *Ibid.*, pp. 46 y ss.

Por otra parte "las teorías que proponen desterrar enteramente los puntos de vista normativos, las nociones de validez, están destinadas a fracasar". Conducen a una destrucción del concepto del derecho que imposibilita delimitar esta conducta social de otra. Ross acepta expresamente que el concepto de derecho implica el concepto de norma y éste, a su vez, la noción de validez. Por esto para él la solución consiste en una diferente interpretación de las ideas normativas, no en su eliminación.²²⁸ Todo ello permitirá una reconstrucción del concepto del derecho que reduzca el dualismo y disuelva las antinomias.²²⁹ Precisamente una de las dos antinomias era considerar a la norma jurídica como proposición práctica —que establece derechos y obligaciones— con validez independiente y primaria con relación a los hechos (tesis) y a darle la calidad de proposición teórica, acerca de hechos, que expresa la probabilidad de ciertas realidades (antítesis). Como en la dialéctica kantiana, la tesis conduce a la antítesis y viceversa, la primera conduce a los hechos —probabilidad de la sanción— y en la segunda el pronunciamiento respecto al futuro, no pudiendo ser visto como un mero pronóstico, dependerá de ser tenido como derecho válido.²³⁰

Habiendo rechazado la solución del realismo norteamericano, que reduce el concepto de derecho positivo a un mero concepto de realidad social, los ataques más violentos se dirigen al concepto tradicional de validez normativa. Desde el inicio de su obra insiste en que la validez no es "nada objetivo, o concebible, sino apenas un término común usado para las expresiones por las cuales se racionalizan ciertas vivencias emocionales". Estas vivencias, "revestidas de una peculiar ilusión de objetividad" son simplemente fenómenos psicofísicos.²³¹ A lo largo del texto insiste en que la validez como categoría o esfera de la existencia, es un "sin sentido" y no tiene ningún significado.²³² Pero, como no es posible prescindir totalmente de dicha noción, repite constantemente que hay que reinterpretarla como expresión de ciertas experiencias psicofísicas peculiares, las cuales son elemento fundamental del fenómeno jurídico.²³³ Su verdadero significado, dice, son ciertas actitudes de conducta desinteresada cuya vivencia es racionalizada en la idea de algo objetivamente dado.²³⁴ Entre los tres factores de la realidad psicofísica del derecho: 1) la actitud de conducta interesada en evitar la coacción e impulsada por este temor; 2) la actitud desinteresada consistente en impulsos espontáneos e inducida por el poder social de sugestión de la costumbre, y 3) la interacción real entre ambos factores; precisamente el segundo tiene el sello de la validez erróneamente racionalizada

²²⁸ *Ibid.*, p. 57.

²²⁹ *Ibid.*, p. 87.

²³⁰ *Ibid.*, pp. 84 y ss.

²³¹ *Ibid.*, pp. 16 y ss.

²³² *Ibid.*, p. 88.

²³³ *Ibid.*, pp. 12 y 57.

²³⁴ *Ibid.*, p. 88. Lo anterior no quiere decir, sin embargo, que Ross acepte que las palabras tengan significados verdaderos; esto lo rechaza expresamente, inclinándose por la tesis de que en la tarea de reconstruir un concepto se busca su significado a partir de su función (pp. 18 y 22).

en la idea de un objeto.²³⁵ Obviamente que como consecuencia, el concepto de norma sufre también una transformación. Para el punto de vista corriente el derecho consiste en normas o reglas como significados de los actos creadores, son ideales y no reales. Sin embargo, dice Ross, el derecho consiste •• parcialmente en ser norma, pero no como sentido específico de validez normativa, “sino exclusivamente como elemento integral del fenómeno jurídico, como hechos psico-físicos, expresiones que en parte reflejan y en parte crean, a su vez, actitudes reales de conducta”.²³⁶

A esta altura lleva a cabo Ross un razonamiento que reproducimos abreviadamente, ya que será relevante para comprender la evolución de sus pensamientos. El punto de partida es que todas las proposiciones gramaticales pueden ser consideradas como: 1) expresiones, o 2) proposiciones en sentido lógico. Las expresiones (1) son hechos psicofísicos conectados causalmente con otros fenómenos psicofísicos. Son, dice, “algo real”. Por el ejemplo que utiliza se infiere que se trata aquí de las palabras pronunciadas por un sujeto determinado en un cierto espacio y tiempo.²³⁷ Ahora bien, para que una expresión (1) pueda ser considerada como (2), se requiere la condición de que cumpla con “las reglas de la sintaxis del lenguaje en cuanto a la combinación de palabras” (¿gramática?) y que cumpla también con “las reglas de la sintaxis científica en cuanto a la combinación de símbolos” (¿lógica?). Al ser consideradas como (2), estas proposiciones se presentan como entes ideales que tienen una significación lógica, una función simbólica que las hace ser verdaderas o falsas. Vista así, (2) puede comprenderse “sin tener en cuenta la conexión real en la que se da” y la relación entre el símbolo y el objeto simbolizado es “puramente ideal”. A estas premisas añade ahora lo que parece un hecho indudable: las normas jurídicas no pueden ser ni verdaderas ni falsas, de lo cual se sigue necesariamente que carecen de significado lógico y que, por tanto, “sólo pueden ser contempladas en su existencia real como una afirmación que da expresión a ciertos fenómenos psicofísicos”. Otras consecuencias de este razonamiento son que la ciencia jurídica no puede ser concebida como una ciencia de significados, como la matemática, y que el derecho es un hecho, un fenómeno y “no un sistema lógico”.²³⁸

Además de lo que se ha dicho sobre la naturaleza de la norma jurídica, se encuentran en este libro otras observaciones sobre su carácter sancionador, sus funciones, su diferencia con las normas morales y la distinción entre normas generales e individuales. En general son tan breves que bastará con reproducirlas sin mayores comentarios.

En primer lugar, se enfrenta con la doctrina prevaleciente que sostiene que la naturaleza del derecho es ser un sistema de compulsión y que este es

²³⁵ Con esta interpretación cree Ross que el dualismo desaparece y la validez se transforma en un fenómeno de la realidad. *Ibid.*, pp. 88 a 93 y 102 y ss.

²³⁶ *Ibid.*, pp. 105, 198 y ss.

²³⁷ *Ibid.*, p. 110.

²³⁸ *Ibid.*, pp. 112 y ss. En esta discusión Ross no distingue terminológicamente norma y proposición jurídica, usando ambos términos indistintamente.

su rasgo distintivo respecto a la moral. Aunque no es muy explícito en definir las nociones de compulsión y sanción, indica que el hecho de que las pretensiones jurídicas se basen en un mecanismo de compulsión mantenido por el Estado, expresa el carácter coactivo del derecho. El derecho, añade, puede aplicar sanciones —castigo y ejecución— que actúan compulsivamente y, en tanto que se apela al temor a las medidas desagradables es que es coactivo.²³⁹

Estas reflexiones parecerían conducir a la doctrina de que la coacción es un elemento necesario del concepto del derecho, entendiendo esta afirmación en el sentido de que cada norma jurídica está sancionada por otra que ordena la coacción. Ross argumenta diciendo que esta afirmación conduce a un regreso infinito que la hace inaceptable. En último término debe haber normas que no son ordenadas coactivamente, “sino que derivan su poder de actuación de su propia autoridad o de una creencia en su validez”. Estas, continúa Ross, son las normas “que tratan de establecer una competencia jurídica”, no ordenan la coacción sino son el prerrequisito de las normas coactivas.²⁴⁰ Incidentalmente toca aquí la cuestión de las relaciones entre las normas de competencia y las normas sancionadoras al afirmar escuetamente que “es imposible separarlas (a las primeras) de las otras normas y decir que no son en sí mismas normas jurídicas”.²⁴¹

Sin embargo, concede Ross que hay otro sentido en el que la tesis de que la coacción es un elemento necesario del concepto del derecho es coherente: “Un sistema que no se basa en ningún punto en la compulsión no sería un sistema jurídico.”²⁴² Esta aseveración, como se ve, se asemeja mucho a la última tesis kelseniana del derecho como un orden coactivo en general. Vinculando esta idea con las anteriores, concluye Ross que la creencia en la validez adquiere así su carácter jurídico a través de su conexión con el sistema coactivo. La coacción y la validez son “parte necesariamente integral del derecho”.²⁴³

También se encuentran en este texto algunas consideraciones sobre la función de las normas jurídicas, aparte de la ya indicada sobre la distinción entre normas coactivas y normas de competencia. Sobre tales cuestiones empieza Ross por declarar que la doctrina prevaleciente acepta que las dos funciones subjetivas del derecho son: conceder derechos e imponer obligaciones. A continuación hace un breve bosquejo histórico para mostrar que las relaciones entre estos dos aspectos dependen de la teoría que se acepte en cuanto a la naturaleza del derecho en general. Algunas doctrinas jusnaturalistas subrayaron los derechos, derivando de ellos las obligaciones. Otras condujeron a resultados opuestos, negando la existencia de una *lex permissiva* y manteniendo que el efecto de toda ley era la obligación. Las

²³⁹ *Ibid.*, pp. 121 y ss., se usará indistintamente “compulsión” y “coacción”, aunque la traducción emplea sólo el primero.

²⁴⁰ *Ibid.*, pp. 124 y ss.

²⁴¹ *Ibid.*, p. 125. Estas ideas son muy similares a las de [XX].

²⁴² *Ibid.*, p. 125.

²⁴³ *Ibid.*, pp. 125 y ss.

teorías imperativas, de orientación positivista (Roguin, Bierling, Austin) consideraron por su parte que las normas permisivas debían verse como “excepción a una prohibición más general, vale decir, como fragmento de una norma compuesta”. Para estas teorías el derecho se compone de normas que obligan.²⁴⁴

La posición de Ross es la de reconocer ambas funciones de las normas jurídicas, concediendo, en una especie de síntesis, un carácter formalmente primario y básico a las obligaciones, pero dando a los derechos, en cuanto al contenido, el rango de concepto primario.²⁴⁵ Así, “desde un punto de vista funcional la noción de facultad es secundaria, derivada de la noción de obligación”, pero como realización, el derecho subjetivo “es realmente vivido como una categoría jurídica original, coordinada con la de deber”, siendo como contenido el concepto primario.²⁴⁶ Esto es así porque la función inmediata del derecho es castigar ciertas conductas, pero a su vez, el contenido de los deberes es definible, en gran medida, sólo mediante los derechos que se quieren establecer.

En todo el tratamiento anterior las normas son consideradas siempre como generales, es decir, “que su contenido es expresado en conceptos o, por abstracción de particulares”.²⁴⁷ Cuando estas normas son imaginadas en relación a individuos definidos, aparecen como derecho subjetivo, como derechos y obligaciones. A Ross le parece que la diferencia entre derecho objetivo y subjetivo se expresaría mejor con los conceptos general e individual, los cuales servirían también, no para denotar “dos realidades diferentes, sino dos diferentes miras o definiciones de la misma cosa”.²⁴⁸ Con ello se evidencia que coincide con Kelsen en la idea de que derechos y obligaciones son funciones de la norma. Por otro lado, no recoge para nada la distinción clave en la teoría pura entre normas generales y particulares, sino que, por lo citado antes, más bien la confunde. Esta ignorancia se aclara parcialmente, si se piensa en la enorme repercusión que la distinción tiene para la concepción del sistema jurídico como orden dinámico en Kelsen, tema que no parece preocupar a su discípulo escandinavo en esta obra.

Ciertamente que un tratamiento detallado de las relaciones entre derecho y moral en los autores estudiados rebasaría los límites de este trabajo. Sin embargo, se vio con anterioridad que la preocupación kelseniana por delimitar categóricamente ambos conceptos, contribuye a comprender algunas tesis centrales de la teoría pura del derecho respecto a las características esenciales, no sólo del sistema jurídico, sino de las normas que lo

²⁴⁴ *Ibid.*, cap. VII. Estas ideas de la excepción a la prohibición general y de las normas permisivas como “fragmentos de norma”, aparecerán también en Kelsen. Para una crítica véase Hart [I], cap. III y, sobre todo, el análisis más detallado que de los tipos de norma señalados por Hart hace Raz en [VI], con especial referencia a las normas que obligan, a las permisivas y a las que confieren poderes.

²⁴⁵ *Ibid.*, p. 200.

²⁴⁶ *Ibid.*, p. 292.

²⁴⁷ *Ibid.*, p. 175.

²⁴⁸ *Ibid.*

integran. Por esta razón es relevante resumir la concepción divergente que tiene Alf Ross.

Por principio de cuentas adelanta que la distinción está determinada por varios criterios conceptuales y es “meramente la expresión de una división provisional del trabajo científico sobre la base de ciertas diferencias típicas en el material dado”. Más aún, es posible que tal distinción no pueda mantenerse después de una investigación extensa, ya que “en última instancia los fenómenos morales son elementos integrales del derecho”.²⁴⁹

La diferencia más importante que pueden señalarse entre derecho y moral es, a criterio de Ross, la génesis. Afirma que la moral, inculcada por la educación y establecida por el hábito, tiene un profundo carácter personal y que aunque sus actitudes se conforman de acuerdo con ciertas tendencias, nunca llegan a integrar un sistema. Por eso, aunque de origen social, las normas morales son “vividias como convicciones racionales de un carácter altamente personal”, lo que justifica el calificativo kantiano de autónomas.²⁵⁰ El derecho es, en cambio, de origen institucional y no individual, si bien se vive “como *obligatorio o válido* en un sentido similar al moral”. En oposición a la moral, depende de una experiencia externa de autoridad que lo hace heterónimo, apelando no sólo a la buena voluntad, sino también al temor de la coacción.²⁵¹

Ross no sólo atiende a la génesis del derecho y la moral sino también a las funciones, tendencias y vivencias que acompañan a ambos fenómenos. En todo lo anterior es clara la utilización de criterios sociológicos y psicológicos en la caracterización de los fenómenos morales y jurídicos. Su conclusión es que no se puede, sin embargo, trazar una línea tajante entre lo jurídico y lo extrajurídico.²⁵² Esta perspectiva difiere abiertamente de la kelseniana, según la cual la nota de la coactividad bastaría para distinguir de una vez y para siempre el derecho de la moral. Todo ello sin referencia ni a la génesis, ni a la función, sino exclusivamente al análisis del contenido de las normas en cuestión.

El pensamiento de Ross mostró en los años siguientes una cierta evolución debida, en buena parte, al positivismo lógico. Su obra *Sobre el derecho y la justicia* aparece en danés, y traducida al inglés en 1958.²⁵³ En ella se reitera el rechazo de una “validez” específica y *a priori* que coloque al derecho por encima del mundo de los hechos, reafirmando su programa de reinterpretar la idea en términos de hechos sociales.²⁵⁴ Empero, el acercamiento al concepto de norma revela la influencia del *linguistic turn* dado en la filosofía anglosajona (Cambridge y el Círculo de Viena).

Ross introduce ahora nociones tales como expresión lingüística y signifi-

²⁴⁹ *Ibid.*, p. 126.

²⁵⁰ *Ibid.*, pp. 127 y ss.

²⁵¹ *Ibid.*, pp. 128 y ss.

²⁵² *Ibid.*, p. 137.

²⁵³ En 1963 apareció la versión española a la que nos atenemos por las razones antes apuntadas.

²⁵⁴ Ross [II], p. xiii.

cado, clasificando los tipos de ambas. El significado lo clasifica en dos especies: expresivo y semántico. El significado expresivo de una expresión lingüística recuerda a las expresiones (1) de su libro anterior, ya que “como eslabón de un todo psicofísico, la expresión se refiere a aquella experiencia que la ha suscitado”.²⁵⁵ Cuando la expresión tiene además un significado representativo o semántico, coincidiendo con las proposiciones (2) de su obra anterior, entonces “indican o simbolizan un estado de cosas”.²⁵⁶ En base a esto, divide las expresiones lingüísticas en tres: las que tienen significado expresivo y representativo; las que únicamente lo tienen expresivo y las que sin tener significado representativo son usadas con el propósito de ejercer una influencia de la que carecen las anteriores. A las primeras las llama aserciones, a las segundas exclamaciones y a las últimas directivas. Aunque Ross no lo dice, parece inferirse que los dos últimos tipos tienen sólo significado expresivo. Este intento de distinción semántico es poco claro, ya que negándoles significado semántico a las directivas, al mismo tiempo habla del “contenido lógico” que permite clasificar una norma jurídica como directiva.²⁵⁷ El lector no sabe, pues, si es una distinción semántica —relación de la expresión con su significado— o pragmática —relación de la expresión con el usuario—, toda vez que el aludir a los propósitos es claramente una referencia a la pragmática. Las categorías usadas por Ross resultan entonces poco claras para analizar los conceptos lingüísticos en que pretende apoyar su teoría. Dejando de lado estas insuficiencias, hay que terminar diciendo que añade que ha preferido el término “directiva” al de “orden” o “imperativo”, por ser más general y neutro, ya que los otros están asociados a ideas que no son adecuadas al derecho. Lo importante es, empero, recalcar que el significado lógico de las directivas “no es informar acerca de los hechos, sino prescribir una conducta”, por lo cual carecen de valor de verdad.²⁵⁸

Ross no está dispuesto a recaer en la concepción tradicional de considerar al derecho simplemente como un conjunto de normas y propone como modelo para comprender la naturaleza del derecho el juego del ajedrez.²⁵⁹ A la luz de este modelo es fácil comprender que así como el ajedrez consiste en fenómenos —movimientos de piezas— y reglas o normas de cómo ha de jugarse, así también el derecho “puede ser considerado como algo que consiste parcialmente en fenómenos jurídicos y parcialmente en normas jurídicas, en correlación mutua”.²⁶⁰

Igualmente Ross suscribe la tesis de que las normas jurídicas “configuran

²⁵⁵ *Ibid.*, p. 6.

²⁵⁶ *Ibid.*

²⁵⁷ *Ibid.*, pp. 7 y ss.

²⁵⁸ *Ibid.*, pp. 8 y ss.

²⁵⁹ *Ibid.*, pp. 12 y ss. La idea de usar a los juegos como modelos explicativos es muy común en la filosofía analítica. Hart la usa respecto al derecho, pero había sido ya usada para explicar la lógica, el lenguaje, etcétera. Para un análisis de los conceptos de “juego” y “reglas del juego” véase Raz [VI], quien hace además una crítica del juego como modelo para explicar el derecho.

²⁶⁰ *Ibid.*, p. 17.

un esquema de interpretación". En efecto, que el conjunto abstracto de ideas normativas sirva como esquema de interpretación significa que gran número de acciones humanas son interpretadas ahora como un "todo coherente de significado y motivación", pero también que esas normas son efectivamente obedecidas porque son experimentadas y sentidas como socialmente obligatorias.²⁰¹

Con esta interpretación la validez de las normas jurídicas se ha transformado, casi imperceptiblemente, en la vigencia o eficacia de las mismas. Como no hay un mundo de las ideas que sea *a priori*, sea éste material o formal, la idea de validez es una construcción metafísica erigida sobre una falsa interpretación de la "fuerza obligatoria vivida". El realismo acierta al interpretarla en términos de hechos, pero la originalidad de la teoría de Ross consiste en llevar a cabo una síntesis del realismo psicológico y del realismo conductista. La consistencia material y la predictibilidad de la conducta verbal de los órganos jurídicos, constituyen el aspecto conductista de la teoría, pero como no es posible predecir la conducta de tales órganos mediante la pura observación de la misma, es necesario recurrir a la hipótesis de que la vida espiritual (mental) de los órganos jurídicos se halla motivada por el conjunto de directivas abstractas que, en opinión de Ross, pueden describirse como "ideología normativa".²⁰² Las normas son, entonces, directivas, esto es, entidades lingüísticas abstractas que permiten entender ciertos fenómenos psicológicos y sociales, los cuales son interpretados con ayuda de términos como "validez" o "vigencia" para significar que las ideas son puestas en práctica mediante estos fenómenos.

En cuanto a la función de las normas jurídicas abunda Ross en la distinción entre normas de conducta y normas de competencia, usando un criterio extraído del contenido inmediato de las mismas. Empieza por decir que se crean conforme a un procedimiento establecido por ellas, serán normando a entender que su carácter prescriptivo consiste en que ordenan o, mejor dicho, imponen un deber. Las normas de competencia, por su parte, crean una competencia —poder o autoridad—, disponiendo que las normas que se crean conforme a un procedimiento establecido por ellas, serán normas de conducta. Por esta razón las contempla como normas de conducta "indirectamente expresadas", ejemplificándolas con las normas de la constitución referentes a la legislatura como "normas de conducta indirectamente expresadas que prescriben comportamiento de acuerdo con las ulteriores normas de conducta que sean sancionadas por vía legislativa".²⁰⁴ Más adelante expresa que una norma de esta clase que determina un procedimiento

²⁰¹ *Ibid.*, p. 18. La expresión "todo coherente..." es poco clara y Ross la explicita un tanto en [IV], donde dice que las reglas permiten que las acciones efectuadas en el ajedrez, con su significado específico de "jugadas", integren a las acciones de los jugadores en un todo coherente de tal modo que el motivo y el significado de una jugada hecha por uno de ellos, dependa de las jugadas hechas por la otra parte. Véase pp. 53 y ss.

²⁰² *Ibid.* Ver cap. II.

²⁰³ *Ibid.*, p. 32.

²⁰⁴ *Ibid.*

para establecer directivas jurídicas, “no es en sí una directiva, no prescribe un procedimiento como un deber”; sino que “únicamente indica una pauta que tiene que ser seguida para crear directivas válidas”, sin imponer la obligación de ejercer tal competencia. Por estas razones no pueden ser aplicadas directamente por los tribunales, siendo las normas de conducta las únicas que pueden ser aplicadas en forma inmediata por los tribunales.²⁶⁵

Esta concepción se complica si se toma en cuenta que las normas de conducta sólo en apariencia están dirigidas a los particulares, ya que su significado normativo realmente relevante es una directiva para los tribunales. Así, cualquier norma que no contuviera una directiva para los tribunales “sólo puede ser considerada como un pronunciamiento ideológico-moral sin relevancia jurídica”. A su vez, la directiva para los tribunales hace superflua a la directiva para los particulares ya que, según Ross, esta última “está implícita en el hecho de que éste (el particular) conoce qué reacciones puede esperar, en condiciones dadas, de parte de los tribunales”. Si quiere, pues, evitar estas reacciones, tal conocimiento constituye un reto para que disponga sus acciones de acuerdo con ello. El contenido de la norma de conducta es, entonces, una directiva al juez “mientras que la directiva al particular es una norma jurídica derivada y figurativa deducida de aquélla”.²⁶⁶

De modo más preciso, una norma de conducta queda definida como una directiva al juez respecto a las condiciones bajo las que debe ordenar el ejercicio de la fuerza física contra una persona. Ross da de ella el siguiente ejemplo: “El juez ordenará el empleo de la fuerza contra quien acepte una letra de cambio y no la pague...”, insistiendo en que la directiva al aceptante que prescribe pagar la letra el día del vencimiento “sólo es un reflejo de la directiva al juez, combinada con una exhortación ideológica al sentimiento que el ciudadano tiene hacia el derecho y la justicia”.²⁶⁷ Antes de analizar esta distinción conviene apuntar que aunque Ross hable de directivas “implícitas” y “deducidas”, en ningún momento explica conforme a qué reglas de inferencia, ni con ayuda de qué premisas podrían garantizarse tales relaciones lógicas entre los dos tipos de normas.

Para tratar de extraer el criterio conforme al cual establece su división, se pueden dividir los elementos de la norma, siguiendo a Von Wright,²⁶⁸ en cuatro: el sujeto, las condiciones de aplicación, el tipo de operador deóntico y la acción regulada. Es claro que a partir del sujeto no puede lograrse la división propuesta, ya que ambos tipos de norma se dirigen al tribunal. En cuanto al segundo elemento, las normas de conducta se refieren a las condiciones para ordenar el uso de la fuerza, en tanto que las normas de competencia parecen referirse a las condiciones para crear y aplicar normas

²⁶⁵ *Ibid.*, p. 202.

²⁶⁶ *Ibid.*, p. 33.

²⁶⁷ *Ibid.*, p. 203. El ejemplo ha sido variado ligeramente.

²⁶⁸ Von Wright [I], cap. V.

de conducta. Por lo que se refiere al modo como regulan la conducta, las normas de conducta imponen obligaciones, mientras que, según Ross, las normas de competencia no lo hacen, dando a entender que se trata de un mero facultamiento o permisión.²⁶⁹ Por último, en lo tocante a la conducta regulada, parecería que las normas de conducta ordenan sanciones —actos de fuerza—, en tanto que las de competencia facultan a seguir ciertos procesos como condición necesaria para la creación y aplicación de normas.²⁷⁰

Con todo esto, la relación entre ambos tipos de normas no es, sin embargo, clara. Si se recuerda la distinción intentada con base en las condiciones de aplicación y se traslada al ejemplo dado por Ross que se transcribió más arriba, se encontrará que él mismo reconoce que tal disposición “es sólo un fragmento de una norma de conducta”. La norma completa sería más complicadas, ya que las condiciones para la sentencia son además, que se inicie un juicio, que se prueben el título y los hechos; otras reglas que determinen el tipo de medidas de fuerza aplicables; reglas adicionales de cómo debe ser la sentencia y cómo debe ejecutarse.²⁷¹

Por tanto, sería enormemente complicado presentar una norma de conducta completa. Se le divide en fragmentos y los fragmentos similares se reestructuran en disciplinas separadas, lo que representa una economía en la exposición. En términos generales se diría que, en una parte se establece lo que uno puede y no puede hacer, en otra las sanciones jurídicas aplicables en caso de que se violen las primeras y, en una tercera parte, los procedimientos que deben seguir los tribunales para imponer sanciones. Esta es la distinción tradicional entre derecho sustantivo, derecho de las sanciones y derecho procesal, aunque como reconoce Ross, la distinción, especialmente entre sustantivo y sancionador es fluctuante.²⁷² Aunque más adelante se verá la forma en que evolucionaron algunas ideas de Ross en relación con estos problemas, su solución básica no difiere sino, por el contrario se asemeja mucho a la de Kelsen con su distinción entre normas sancionadoras y normas dependientes o no autónomas.

A continuación, Ross se ocupa del carácter sancionador de las normas jurídicas indicando que un orden jurídico nacional está integrado por normas “que determinan las condiciones bajo las cuales debe ejercerse la fuerza física contra una persona”.²⁷³ Con eso, sin embargo, no se quiere decir que todas las normas jurídicas están respaldadas por la fuerza, ya que esto es inadmisibles por dos razones: primero, porque supone que la directiva dirigida al particular y la dirigida al juez son dos normas diferentes, cuando en realidad tenemos “dos aspectos de la misma norma”. En segundo lugar,

²⁶⁹ La falta de más indicaciones no permite saber cómo explicaría el que el ejercicio de una competencia fuese obligatorio.

²⁷⁰ Curiosamente, tanto Ross como Kelsen dicen que las normas de competencia “determinan” las condiciones para aplicar la sanción, sin especificar el sentido normativo que tiene determinar, es decir, si obligan o sólo permiten seguir tales procedimientos.

²⁷¹ *Ibid.*, p. 203.

²⁷² *Ibid.*, pp. 204 y ss. Véase también [IV], pp. 114 y ss.

²⁷³ *Ibid.*, p. 34.

habría que “excluir del dominio del derecho partes esenciales que se hallan conectadas en forma inseparable con las normas derivadas que tienen el respaldo de la fuerza”.²⁷⁴ En efecto, muchas normas constitucionales y administrativas, en tanto normas de competencia, no están respaldadas por la fuerza, pero no se puede negar que sean jurídicas, ya que “se hallan en una indisoluble cohesión de significado con las normas de conducta directas”. Como además el suponer que cada norma respaldada por la fuerza está garantizada por otra del mismo carácter conduce a un regreso *ad infinitum*, concluye Ross que las normas jurídicas se refieren a la aplicación de la fuerza aunque no todas están garantizadas por ella. Este punto de vista lo reconoce expresamente como tomado de Kelsen, por lo cual es innecesario compararlo con el de la teoría pura.²⁷⁵

Con estos elementos, Ross se plantea el problema de la relación entre el derecho y otros fenómenos normativos, en particular la moral. El derecho consiste en normas sancionadas por la fuerza y por otros medios ideológicos que provocan la conducta deseada.²⁷⁶ En el caso de la moral no existe la presencia de la fuerza física entre las presiones para su cumplimiento, sino únicamente la desaprobación, razón por la cual carece del carácter institucional proveniente de los órganos creados por las normas de competencia. En suma, el carácter individual y la ausencia de sanciones coactivas serían las características de la moral. Al igual que en su obra anterior, afirma Ross que, sin embargo, “los fenómenos morales son parte esencial de los fenómenos jurídicos”, por lo cual las relaciones entre derecho y moral no pueden verse como una comparación entre dos sistemas normativos, sino como relaciones entre fenómenos, de tal manera ligados que tiene que haber un grado considerable de armonía entre el sistema institucional del derecho y las actitudes morales individuales de la comunidad jurídica.²⁷⁷

En cuanto a la función de las normas jurídicas, Ross usa este término cuando habla de la “función ideológica motivadora” que cumplen las normas figurativas (las dirigidas al particular, implícitas en la dirigida al órgano), independiente de la función motivadora del temor a la sanción.²⁷⁸ Es claro, sin embargo, que se refiere aquí a la función psíquicosocial que tienen las normas jurídicas y no a su función normativa. Por lo que a esta última se refiere, se trata obviamente de regular la conducta. En esto, el tratamiento de Ross parte del hecho de que la estructura lingüística de las normas jurídicas, por ejemplo las leyes, no es la de frases directivas corrientes, es decir, que expresen un llamado a la acción “sino que describen un mecanismo según el cual diversos acontecimientos (hechos o acciones) producen efectos invisibles (llamados deber, facultad, capacidad, validez, etcétera)”.²⁷⁹ Las palabras y frases usadas en el derecho “con la función de

²⁷⁴ *Ibid.*, p. 51.

²⁷⁵ *Ibid.*, pp. 51 y ss.

²⁷⁶ *Ibid.*, p. 58

²⁷⁷ *Ibid.*, pp. 60 y ss.

²⁷⁸ *Ibid.*, p. 33, n. 4.

²⁷⁹ *Ibid.*, p. 152.

directivas" son variadas y ambiguas: "es el deber de", "tiene que", "está obligado a", "es responsable de", "puede", "tiene derecho", "está autorizado", etcétera.²⁸⁰ Esta ambigüedad y la carga ideológica de las expresiones lo llevan a intentar mejorar el uso de tal terminología, proponiendo una nueva que revela las relaciones lógicas entre tales términos. Esta terminología mejorada es presentada en una tabla que sigue en líneas generales a la elaborada por Hohfeld.

Aunque no es este el lugar para exponer las ocho modalidades —deber, libertad, facultad, no-facultad, sujeción, inmunidad, competencia e incompetencia—, es oportuno recalcar que las cuatro primeras se refieren a las normas de conducta y las cuatro siguientes a las normas de competencia. Sin embargo, ambos grupos "son lógicamente reducibles entre sí" y como además las segundas pueden expresarse en términos de las primeras "se sigue de ello que las ocho pueden ser reducidas a términos de deber. Si definimos esta palabra todas las otras quedan definidas".²⁸¹

De conformidad con lo anterior no parece exagerado afirmar que la función primitiva y originaria de las normas jurídicas es establecer deberes y que todas las demás funciones normativas son reducibles lógicamente a ésta. Con objeto de notar una importante diferencia con la teoría pura conviene señalar que el término "deber" es definido no como aplicable a situaciones en que una persona puede ser objeto de una sanción, sino sólo a aquellas en que "la reacción es vivida como una desaprobación social, y la sentencia, por ende, como un estímulo para el cumplimiento del deber". De este modo cree Ross salvar la función ideológica tradicional del término, aunque con ello no pueda ya hablar de deber en los casos de excusable imposibilidad de cumplimiento o en los de responsabilidad objetiva.²⁸²

Por último, en relación con la distinción kelseniana entre normas generales y particulares nada se encuentra en este libro, salvo la tesis de que siendo las normas jurídicas aquellas que regulan el ejercicio de la fuerza por los tribunales, "los fenómenos jurídicos que constituyen la contrapartida de las normas no pueden ser otros que las decisiones de los tribunales".²⁸³ Según esto, parecería que el derecho consiste únicamente en normas generales y que lo que Kelsen llama normas individuales son concebidas como fenómenos que comprueban la eficacia del derecho.

En su última obra general *Directives and Norms*,²⁸⁴ Alf Ross se ocupa principalmente de cuestiones de la lógica del lenguaje normativo, comprendiendo aquí semántica y pragmática, teniendo como objetivo funda-

²⁸⁰ *Ibid.*

²⁸¹ *Ibid.*, pp. 155 y ss.

²⁸² *Ibid.*, p. 156 Parecería que siguiendo las líneas de esta definición es posible también dar una definición de "delito" introduciendo el elemento de la desaprobación social y distinguir así, como no puede hacerlo Kelsen, entre pago de una multa y un impuesto. Véase Hart [II].

²⁸³ *Ibid.*, p. 34.

²⁸⁴ Traducida al español como *Lógica de las normas*, Ed. Tecnos, Madrid. Es su última obra general ya que, *On Guilt, Responsibility and Punishment*, Stevens & Sons, London, 1975, es una colección de ensayos.

mental el resolver si los directivos están sujetos a la lógica del mismo modo en que las oraciones en indicativo, lo que constituye, según él, un problema básico de la lógica deóntica. Además de su interés en la lógica deóntica, el libro contiene varias ideas que intentan contribuir a la teoría general del derecho y que constituyen desarrollos de su pensamiento.

En lo que concierne al concepto mismo de norma, su punto de partida es la distinción entre lo que llama “discurso indicativo” y “discurso directivo”, términos que corresponden de alguna manera a las expresiones tradicionales “discurso teórico” y “discurso práctico” o “lenguaje descriptivo” y “lenguaje prescriptivo”.²⁸⁵

De acuerdo con Ross una oración está en discurso indicativo cuando su contenido significativo abstracto, o brevemente, su significado, es un estado de cosas o tópico pensado como real. Este significado, insiste, no es un fenómeno psicológico, sino un fenómeno semántico y es denominado proposición o indicativo.²⁸⁶

Una oración está, en cambio, en discurso directivo cuando su significado es un directivo. Ahora bien, encontrando por un lado imposible el entender lo que quiere decir que un tópico *debe ser* real y, por otro, que es un hecho que proferimientos directivos son usados para influir la conducta, concluye Ross que tales oraciones sólo describen un tópico, en este caso, un tipo de conducta al que presentan como un patrón de conducta o una “idea-acción” para el oyente. Esta idea-acción no tiene por sí misma fuerza motivadora, ésta proviene de las circunstancias en que se profiere, aunque sí le dice al oyente cómo actuar.²⁸⁷ Igualmente anota que el directivo tiene que distinguirse de la forma gramatical que lo expresa y que ésta puede ser muy variada: modo imperativo, oraciones con expresiones deónticas (deber, estar obligado, tener permiso, etcétera), oraciones en modo indicativo. Ninguna forma gramatical es condición necesaria ni suficiente para la presencia de un directivo, su existencia se constata, por así decirlo, después de un análisis semántico.²⁸⁸

Un importante cambio en este enfoque con relación a sus obras anteriores es el abandono del concepto de significado expresivo o sintomático. Expresamente reconoce Ross que, aunque lo utilizó siguiendo a Jorgensen, no es útil porque con él se confundía el análisis semántico del lenguaje con inferencias inductivas de carácter psicológico.²⁸⁹ La distinción entre aserciones y directivos en *Sobre el derecho y la justicia* [II] intentaba ser tanto a nivel semántico, como a nivel pragmático, esto es, tanto en lo relativo al significado como en lo relacionado con el propósito con que son usados ambos tipos de expresiones. La distinción semántica “expresivo-representativo” ha sido abandonada ahora y sustituida por una más clara y elaborada. Al mismo tiempo mantiene ahora Ross que la distinción a este ni-

²⁸⁵ Ross [IV], pp. 7 y ss.

²⁸⁶ *Ibid.*, pp. 10, 12 y ss.

²⁸⁷ *Ibid.*, pp. 34 y ss.

²⁸⁸ *Ibid.*, p. 36.

²⁸⁹ *Ibid.*, pp. 76 y ss.

vel es la fundamental porque determina las correspondientes diferencias a nivel pragmático.²⁹⁰

Con estos elementos se aboca Ross a definir el concepto de norma, adelantando que es un término usado en varias disciplinas: teoría del derecho, sociología, filosofía moral, lingüística y lógica, sin que exista un acuerdo acerca de su sentido. Por principio sostiene el autor que una definición de este concepto para que sea útil en la teoría del derecho y en la ética tiene que satisfacer dos condiciones: 1) conectar a la norma con los directivos, y 2) posibilitar el que pueda afirmarse "que ciertas normas realmente *existen* o que *están en vigor*".²⁹¹

En vista de lo anterior las definiciones que simplemente identifican a las normas con los directivos (H. Ofstad) satisfacen exclusivamente la primera condición, resultando inservibles para las ciencias sociales descriptivas. A estas disciplinas no les interesa la existencia abstracta de los directivos, sino de aquello que consiste en actos sociales. Cuando estas ciencias afirman la existencia de una norma, se refieren a situaciones sociales y no a fenómenos lingüísticos (semánticos, gramaticales o pragmáticos), ni a sus contextos psicológicos pasajeros.²⁹²

Igualmente insuficiente es el intento de definirla como designando únicamente condiciones sociales fácticas cuya existencia se establece observando empíricamente la conducta humana (T. Geiger). Las definiciones de este tipo son incompatibles con otros usos esenciales del término, por ejemplo en enunciados como: "una norma es obedecida", "una norma es aplicada", "una norma es vivida como obligatoria", "una norma está lógicamente conectada con otras formando un sistema de normas", etcétera. Estos usos aluden claramente a un contenido significativo.²⁹³

En virtud de las consideraciones anteriores Ross propone una definición que satisface (1) y (2): "una norma es un directivo que está en una relación de correspondencia con hechos sociales".²⁹⁴ La condición necesaria y suficiente para que un directivo sea una norma es entonces su relación de correspondencia con ciertos hechos sociales; si una norma existe, entonces tales hechos existen.

Para caracterizar la relación de correspondencia, Ross acepta provisionalmente que nos ocupemos sólo de directivas generales o reglas. Esta relación se da si, en general, los miembros de la sociedad a que se refiere la directiva obedecen tal patrón de conducta. A esta condición se añade otra, también necesaria, que en conjunción con la primera constituye una condición suficiente para afirmar la existencia de las normas. Esta segunda condición no se refiere ya a la regularidad de la conducta que se adecua externamente a la regla, sino a la conciencia que han de tener los sujetos de que están obedeciendo una regla y de que están obligados a hacerlo. Esta

²⁹⁰ *Ibid.*, pp. 69 y ss.

²⁹¹ *Ibid.*, p. 78.

²⁹² *Ibid.*, pp. 79 y ss.

²⁹³ *Ibid.*, pp. 80 y ss.

²⁹⁴ *Ibid.*, p. 82.

última condición excluye la posibilidad de que se trate como norma a regularidades observables de conducta humana que tengan carácter biofísico, a usos y hábitos profesionales o sociales que carecen de fuerza obligatoria, etcétera.

Sabemos ya que para Ross la conciencia de obligatoriedad o de validez de un patrón de conducta se prueba por experiencias mentales y reacciones, por una “compulsión interna” que no proviene de intereses o temores y que él mismo describe como una experiencia peculiar que tiene “una marca de inteligibilidad y misterio” y que se expresa verbalmente en términos deónticos. En este punto el autor remite a sus obras anteriores y al penetrante análisis kantiano de la conciencia moral. Estas razones lo llevan nuevamente a descartar la posibilidad de que la mera presencia externa de la amenaza de coerción sea suficiente para establecer la existencia de un sistema de normas jurídicas, pues sólo son contempladas como sanciones aquellas reacciones desagradables sentidas como desaprobación.²⁹⁵

Hecho el análisis precedente se pregunta Ross si puede ampliarse la definición para cubrir las llamadas normas singulares, por ejemplo: una sentencia judicial, un contrato, la orden de un policía. El filósofo danés se adhiere expresamente al uso jurídico que habla de normas particulares, extendiendo por tanto su definición; pero advirtiendo que en ellas la cuestión de la eficacia del directivo es diferente, ya que simplemente es eficaz si se cumple o ineficaz si no es obedecido.²⁹⁶

En lo tocante a las funciones de las normas, el principio del que parte Ross asienta que lo que distingue a una directiva de un indicativo o proposición es el operador que presenta el tópico como patrón de conducta. Este operador “O” se lee: “así debe ser” (por ejemplo: siendo p = pagar impuestos, Op = deber ser el pago de impuestos). En las normas, “obligación” es el símbolo para el operador directivo, aceptándose que *obligación es la categoría directiva fundamental en la cual cualquier norma puede ser expresada*.²⁹⁷

Expresiones jurídicas como “permitir”, “poder” (*may*), *autorizar* y otras similares son analizables en términos de “obligación”. Para probarlo recurre el autor a su tabla de modalidades adaptada de Hohfeld, de la cual resulta como fundamental la modalidad de obligación. Su posición privilegiada “se muestra en el hecho de que mientras es concebible un sistema que contiene únicamente normas afirmativas de obligación, esto mismo no es cierto de la modalidad de la permisión”. Sin normas que obliguen, las normas permisivas no tendrían significado normativo, ya que no podrían guiar la conducta a menos que fuesen excepciones a una norma de obligación. “La función normativa de las normas permisivas es sólo la de indicar, dentro de un sistema, cuáles son las excepciones a las normas de obligación del mismo”.²⁹⁸ La función básica de las normas

²⁹⁵ *Ibid.*, pp. 83 y ss.

²⁹⁶ *Ibid.*, p. 100.

²⁹⁷ *Ibid.*, pp. 116 y ss.

²⁹⁸ *Ibid.*, p. 120.

jurídicas es entonces la de establecer obligaciones y la función de permitir es sólo una función dependiente y subordinada.

En relación con su distinción entre normas de conducta y normas de competencia, retiene su tesis de que las segundas son lógicamente reducibles a las primeras, añadiendo un párrafo de difícil comprensión en el que explica que la reducción se lleva a cabo de este modo: "las normas de competencia hacen obligatorio actuar conforme a las normas de conducta que han sido creadas de acuerdo con el procedimiento establecido por ellas".²⁹⁹ Quizás quiere decir con ello que pueden interpretarse como normas que prescriben a los jueces y a otros órganos cómo deben decidir los casos.³⁰⁰

También mantiene la doctrina de que la distinción entre normas primarias o sustantivas —que establecen las obligaciones de los ciudadanos— y normas secundarias o sancionadoras —que especifican las sanciones y sus condiciones de aplicación— es lógicamente superflua ya que las primarias no contienen nada que no esté ya implicado en las secundarias. Es cierto que añade ahora las normas terciarias o procesales, que establecen otras condiciones para enjuiciar y sancionar, pero éstas son también reducibles a las sancionadoras. Todas ellas, por supuesto, establecen obligaciones —son vividas como válidas— y son reducibles a normas de conducta.³⁰¹

Se vio ya que Ross acepta la existencia, no sólo de normas jurídicas generales, sino también de normas jurídicas singulares. Al hacerlo se limitó a reconocer el uso lingüístico y a dar ejemplos de ellas, sin intentar definir las con precisión. Más adelante, al tratar de los elementos de la norma en general, precisa que el sujeto de una norma está determinado individualmente "cuando es especificado como una *clase cerrada*, esto es, una clase cuya membrecía no puede variar con el tiempo". Por ejemplo: "aquellos que tienen permiso de importación de automóviles a México" especifica una clase abierta que puede aumentar o disminuir con el tiempo. "Aquellos que nacieron el 2 de enero de 1941", por el contrario, especifica una clase cerrada. Las normas que determinan individualmente al sujeto son llamadas "individuales" o "singulares". Si el sujeto no está determinado individualmente, puede estarlo genérica o universalmente. En el primer caso las personas que son miembros de la clase abierta son definidas con arreglo a ciertas propiedades, en el segundo caso todos son miembros de la clase. Si contamos a las propiedades del primer caso como especificativas de la situación y no del sujeto, las normas determinan entonces al sujeto individual o universalmente. Ross reconoce que distinguir la determinación del sujeto y la determinación de la situación es vago y un tanto arbitrario, así por ejemplo: "pescadores de nacionalidad mexicana, mayores de 21 años y con un ingreso anual de más de \$50,000.00" puede ser interpretado de ambas maneras. Por razones de conveniencia teórica, Ross entiende toda especificación de propiedades de una clase abierta, como re-

²⁹⁹ *Ibid.*, p. 118.

³⁰⁰ *Ibid.*, p. 115.

³⁰¹ *Ibid.*, pp. 90 y ss., 114 y ss.

lativas a la situación y no al sujeto.³⁰² No hay que olvidar que esta clasificación está pensada para todas las normas y no corresponde exactamente a la que hizo de las normas jurídicas en singulares y generales. Por los ejemplos proporcionados, las normas jurídicas singulares parecen estar determinadas individualmente, mientras que las generales serían determinaciones genéricas que él contaría como determinativas de la situación, quedando como universales en relación con el sujeto.³⁰³

7. Estructura de la norma jurídica y su relación con la proposición jurídica

Las ideas de Ross sobre este tema han ido tomando mayor claridad en sus obras sucesivas, siendo poco lo que puede encontrarse en *Hacia una ciencia realista del derecho* [I]. En ella no se distingue terminológicamente entre norma y proposición jurídica; se habla, en cambio, de "proposición jurídica positiva" y de "proposición dogmática" para referirse a las normas, y de "proposición jurídica como proposición científica" para aludir a la proposición que forma parte de la ciencia jurídica y no del derecho positivo.³⁰⁴

En el epígrafe llamado "Derecho y ciencia del derecho" confronta el autor las dos posiciones extremas, exponiendo los razonamientos que las sustentan y los cuales pueden esquematizarse del siguiente modo: para Kelsen tendríamos: 1) la proposición jurídica positiva es normativa, por lo tanto, 2) la proposición jurídica científica, siendo acerca de normas, es también normativa. Con ello la ciencia jurídica queda catalogada como ciencia normativa. En el otro extremo la teoría realista americana sostiene: 1) la proposición jurídica científica es descriptiva de una situación real, por lo tanto, 2) la proposición dogmática es descriptiva, es la predicción de una cierta conducta probable en el futuro.

En opinión del autor, ambos puntos de partida son correctos pero sus inferencias yerran "porque provienen de una falsa premisa común, la presuposición de que las proposiciones del derecho positivo y de la ciencia del derecho tienen la misma estructura..., de que el derecho y la ciencia del derecho están en el mismo plano". La solución es ya conocida, las normas jurídicas tienen "un propósito especial de tipo normativo o significativo de validez...", mientras que la ciencia del derecho no es normativa sino de hechos.³⁰⁵

Ciertamente que contando únicamente con estas afirmaciones nada se sabe acerca de la estructura de la norma jurídica ni de la proposición jurídica. Más aún, surge la sospecha de que existe una confusión entre la es-

³⁰² *Ibid.*, pp. 106 y ss.

³⁰³ *Ibid.*, p. 110, n. 2.

³⁰⁴ Ross [I], pp. 114 y ss.

³⁰⁵ *Ibid.*, p. 120. El subrayado es mío.

estructura y la función, ya que en última instancia la distinción hecha en el texto utiliza como criterio el propósito normativo.

Como la relación entre normas y proposiciones jurídicas es un aspecto del problema de la relación entre el derecho y la ciencia del derecho, a partir de lo que ya sabemos sobre esta última cuestión, podemos inferir que para Ross tal relación sólo puede ser, en último análisis, la que existe entre los fenómenos y las proposiciones que los describen.

Esta postura varió considerablemente en [II]. Si bien en el prólogo postula como una de las tesis básicas el rechazo de la idea "de que el conocimiento jurídico constituye un conocimiento normativo específico, expresado en proposiciones de *deber ser...*"³⁰⁶ reafirmando que es una ciencia empírica integrada por proposiciones de *ser*,³⁰⁶ pronto se plantea la cuestión de la relación entre las normas jurídicas y las "proposiciones doctrinarias". Empieza por señalar que hay una diversidad radical entre ambas. Las normas, dice, son "directivas (alógicas)" y las segundas son aserciones (lógicas) que expresan que ciertas directivas son derecho válido.³⁰⁷ A continuación pasa revista a dos posturas que tienden a confundirlas; por un lado, la teoría que funde a la norma y a la proposición jurídica, considerando a ambas con la misma naturaleza cognoscitiva (Carlos Cossio); por otro lado, quienes hablan de la ciencia del derecho como "conocimiento normativo". Esta designación puede querer decir tres cosas: 1) la ciencia del derecho establece normas; 2) la ciencia jurídica se expresa mediante normas, aunque no las establece, y 3) que es un conocimiento acerca de normas. La primera tesis es la *jurisnaturalista*, la segunda se la atribuye a los primeros trabajos de Kelsen y la última sería el único significado sostenible de la expresión "conocimiento normativo", aunque "la palabra 'normativo', entendida en este sentido, no es lingüísticamente apropiada puesto que naturalmente sugiere el significado (1) o el significado (2)".³⁰⁸ Posteriormente se ampliará la objeción de Ross y se confrontará con la tesis kelseniana, pero es ya notorio que al decir que en sus obras posteriores Kelsen "apunta claramente a una distinción entre la norma jurídica como prescriptiva y la proposición doctrinaria... como descriptiva",³⁰⁹ las posiciones de ambos aparecen menos distantes de lo que presagiaba la clara alusión hecha a Kelsen en el prólogo.

Con relación a los elementos y estructura de las normas jurídicas, muy poco se encuentra en esta obra, aun cuando a partir de ciertos pasajes puede construirse una semblanza de la forma en que la teoría de Ross contempla la estructura de las normas jurídicas. Aclarado que ellas son directivas al juez, escribe Ross, "una norma jurídica puede ser reformulada... de la siguiente manera: D (si H, entonces C)", en donde D simboliza un directivo, al juez; H, el conjunto de hechos condicionantes, y C, las consecuencias jurídicas. El sentido de la directiva es que "cuando se da H su

³⁰⁶ Ross [II], p. xiv.

³⁰⁷ *Ibid.*, p. 9, n. 29.

³⁰⁸ *Ibid.*, pp. 10 y ss.

³⁰⁹ *Ibid.*, p. 11.

sentencia será C".³¹⁰ Si la ciencia jurídica se limitara a reformular normas vigentes, "todas las proposiciones doctrinarias podrían ser formuladas de acuerdo con ese esquema", pero no siendo este el caso, ya que su tarea va más allá y consiste en conceptualizar y sistematizar las normas, Ross sugiere para ello una técnica de reformulación que simplifica la tarea respetando los elementos H y C, pero añadiendo un símbolo variable que "representa la conexión sistemática", por ejemplo P para "propiedad".³¹¹

No es este el lugar para analizar esta "técnica de presentación" introducida por Ross, lo interesante de las afirmaciones anteriores es que para él la fórmula canónica de una norma jurídica, es un hecho condicionante y una consecuencia jurídica vinculados por un operador D que prescribe al juez el contenido de su sentencia. Si se tiene presente que las sentencias del juez están casi siempre garantizadas con el ejercicio de la fuerza del estado, resulta un esquema muy similar al de Kelsen. El esquema de las proposiciones jurídicas sería, en principio, el mismo de las normas, aunque para salvar a Ross de la inconsistencia de confundir norma y proposición, habría que añadirle la "A" que equivale a la aserción "D es derecho vigente", en donde D es, por ejemplo, una ley.³¹² En suma, aunque la sistematización reduzca y simplifique la descripción del orden jurídico, la forma típica de la norma y de la proposición quedan, como se expuso, muy cerca de la estructura de la proposición jurídica kelseniana de "Si A es, debe ser B".

Sobre los elementos de la norma y sobre la distinción entre normas hipotéticas y categóricas no se encuentra nada, salvo una mención al hecho de que las normas categóricas son las consideradas válidas en sí mismas, independientes de todo interés o actitud subjetivos, de lo que podría inferirse que las normas jurídicas son hipotéticas en virtud de las emociones y actitudes que integran su validez.³¹³

Al consultar [IV] pueden recogerse varias afirmaciones sobre la estructura de las normas y de las proposiciones jurídicas que redondean la visión del filósofo escandinavo. Conviene para la elucidación de sus tesis tener presente la clasificación de las normas conforme a la situación de su aplicación, sin olvidar que toda determinación del sujeto por medio de propiedades que constituyen una clase abierta, cuenta como determinación de la situación.³¹⁴

³¹⁰ *Ibid.*, p. 164. La traducción española dice "debe ser", pero el texto inglés dice *shall be*. Aun cuando esto pareciera importante, se debe tener presente que el directo implica ya de algún modo la noción de deber ser.

³¹¹ *Ibid.*, pp. 164 y ss.

³¹² *Ibid.*, p. 38.

³¹³ *Ibid.*, p. 292.

³¹⁴ No está claro qué propiedades determinantes definen la clase abierta, en contraposición con la determinación del sujeto de manera universal "comprendiendo absolutamente a todos". La clase universal "todos absolutamente" también estaría determinada por una propiedad que Ross no menciona y que quizá fuera al de "ser humano", pero existen otras lógicas y empíricamente equivalentes y otras semejantes, por ejemplo la kantiana "ser racional".

La situación es determinada por la norma individualmente; si es definida como una clase cerrada. Estas son llamadas "normas ocasionales". Si la situación es definida como clase abierta, la determinación es genérica (sin indicaciones temporales). Estas normas son llamadas "reglas hipotéticas". Por fin, si la norma ha de ser aplicada bajo todas las circunstancias o condiciones, es una "regla categórica".²¹⁵ La combinación de las dos clasificaciones produce seis posibilidades, pero lo que interesa aquí son las consecuencias con respecto a la estructura de las normas jurídicas.

De lo anterior se desprende que la estructura hipotética o categórica depende de las circunstancias de aplicación. Excluyendo las condiciones lógicamente implicadas por el tema, si la norma depende de las circunstancias en su aplicación, será hipotética. Si, en cambio, se aplica en toda circunstancia, será categórica. Toda norma es entonces categórica o hipotética, tratándose de una clasificación exhaustiva y mutuamente excluyente. Como según la clasificación, todas las normas ocasionales son hipotéticas, por estar sujetas a una especificación temporal que las condiciona, quedan sólo dos tipos de normas categóricas: a) reglas categóricas individuales, por ejemplo "a Juan Pérez le está prohibido entrar a la cantina El Tenampa en todas las circunstancias", y b) reglas categóricas universales, que Ross ejemplifica con "todos están obligados a no matar nunca a otra persona".²¹⁶ El caso (b) evoca al imperativo categórico kantiano, una norma dirigida a todos y que no depende de ninguna condición o circunstancia. Es claro que ningún orden jurídico conocido pareciera contener normas de este tipo (aun cuando quizá en el orden jurídico internacional pudieran encontrarse candidatos). En cuanto al caso (a), los ejemplos que vienen de inmediato a la mente son sentencias judiciales, órdenes administrativas y, quizás, contratos individuales que obligan incondicionalmente. De nuevo, la conclusión es muy similar a Kelsen.

Páginas más adelante propone Ross una formalización de las "implicaciones deónticas", las cuales desempeñan un papel importante tanto en el lenguaje jurídico como en el cotidiano. Distingue previamente entre la implicación "interna", simbolizada $O(P \rightarrow q)$, y la "externa", representada como $O(p) \rightarrow O(q)$. En la segunda formulación el establecimiento de una obligación se liga con el establecimiento de otra, situación que califica como muy frecuente en el lenguaje jurídico: "todo el que tenga la obligación de registrarse, deberá pagar un impuesto al momento de su registro". Esta situación no interesa en este apartado, ya que representa la vinculación de dos normas, pero en cambio es revelador lo que escribe sobre la implicación interna. De ésta ofrece dos definiciones difícilmente compatibles. Dice primero que "la fórmula $O(p \rightarrow q)$, significa que se requiere del agente que actúe de modo tal que la implicación $p \rightarrow q$ devenga

²¹⁵ Ross remite a Von Wright, en la observación de que el tema de la norma, por ejemplo, "cerrar la ventana" supone lógicamente la circunstancia de que la ventana está abierta. Ross [IV], p. 111, n. 1.

²¹⁶ *Ibid.*, p. 112.

verdadera",³¹⁷ para decir después que la misma fórmula "significa por lo tanto la obligación de hacer $q - 0(q) -$ bajo la condición que p ".³¹⁸ Que las dos versiones no coinciden puede mostrarse fácilmente, sin embargo, con un ejemplo: supóngase la siguiente orden del sacerdote de una tribu a su ayudante: "si llueve, sacrifique a la víctima". Con la primera versión el ayudante cumpliría matando de inmediato a la víctima, dado que una verdad trivial de la lógica proposicional es que un condicional de la forma $p \rightarrow q$ es verdadero siempre que su consecuente es verdadero. Bajo la segunda versión, esta conducta no representaría el cumplimiento de dicho directivo. La ambigüedad se mantiene, si no es que aumenta, al ver el ejemplo de Ross: si Pedro ha hecho una promesa, está obligado a mantenerla. En primer lugar porque Ross dice que " p " representa "Pedro ha hecho la promesa", y " q ", "Pedro está obligado a mantener la promesa que ha hecho". Aquí se da por hecho, esto es, por verdadero, el antecedente, con lo cual la posibilidad de hacer verdadera la implicación se reduce a una, esto es, la verdad del consecuente. Empero, los enunciados condicionales se limitan a afirmar que si p entonces q y son falsos únicamente en el caso en que p es verdadero y q falso, siendo verdaderos en todos los demás. Además, el ejemplo es infeliz porque puede argumentarse plausiblemente que ya desde el punto de vista conceptual el significado de prometer implica el de obligarse, no tratándose entonces de una obligación sujeta a una condición diferente al mero acto de contraerla, esto es, prometer.³¹⁹

Aparte de esta confusión lo relevante para la estructura de las normas jurídicas es que, con relación a la implicación interna, Ross escribe sorprendentemente que "es usada en toda regla y en toda norma ocasional universal".³²⁰ La fórmula propuesta $0(p \rightarrow q)$, especialmente en su segunda definición, alude claramente a normas hipotéticas, esto es, condicionadas. Si recordamos que las llamadas por él "reglas" son normas que determinan la situación de manera genérica o universal, siendo hipotéticas las primeras y categóricas las segundas,³²¹ no es comprensible, como dice ahora, que toda regla tiene la estructura condicional. Tampoco se entiende por qué razón toda norma ocasional universal tiene esta estructura, y nada dice de las normas ocasionales individuales. Como asentamos anteriormente, ambas tienen una estructura condicionada y no se alcanza a ver el motivo de esta afirmación del jurfilósofo danés. Como quiera que esto sea, la estructura de las normas jurídicas se confirma como hipotética o condicionada en la mayoría de los casos.

Al final de su libro es posible encontrar también afirmaciones que su-

³¹⁷ *Ibid.*, p. 165.

³¹⁸ *Ibid.*, p. 168.

³¹⁹ El caso de la promesa ha sido analizado con detalle por Searle y por Hare. Véase *The Is-Ought Question*, ed. por W. D. Hudson, Macmillan, London, 1969. También recientemente Raz [VIII].

³²⁰ *Ibid.*, p. 164.

³²¹ *Ibid.*, p. 111.

gieren las ideas albergadas por el autor con relación a la estructura de las proposiciones jurídicas, su significado y su vinculación con las normas. La lógica deóntica, puede leerse, se ocupa de los directivos que prescriben una obligación $O(p)$, pero a ellos les "corresponde" un indicativo que "expresa el hecho de que $O(p)$ existe o está vigente (*in force*) en el orden normativo N " y que simboliza como $O(p) \in N$ (pertenencia al conjunto N) o como $F[O(p)]$.³²² Es importante recordar para más adelante que la estructura de la proposición es semejante a la de la norma, más el símbolo F que alude a la pertenencia de la norma a un sistema, o a su vigencia, sin que Ross haga ninguna distinción entre ambos calificativos.

Por último, aunque su libro contiene un análisis de los elementos de la norma en general, es indudable que muchas afirmaciones están pensadas con el modelo de las normas jurídicas a la vista. Por este mismo, lo que se asevera respecto a los elementos constitutivos de la norma, puede extenderse a la norma jurídica. Brevemente reseñamos que en su opinión dichos elementos han de restringirse a aquellos que constituyen el significado de la norma, excluyendo las condiciones sociales de que depende su existencia y su génesis, por ejemplo, lo relativo a su promulgación y a las autoridades o sanciones que la respaldan.³²³

Los elementos se dividen en los que describen o especifican la idea-acción y los que indican que es presentada como patrón de conducta. Los primeros son: 1) el que determina el *sujeto* a quien se dirige la norma, el cual tiene que estar explícitamente indicado en la formulación de la norma; 2) el que indica la *situación* en que la norma debe ser seguida; y 3) el que sirve para indicar cómo debe actuar el sujeto en tal situación, esto es, el *tema* de la norma. El cuarto elemento, que indica que la idea-acción es presentada como debiendo ser, está representado por el operador "d" ("así debe ser") y ya fue analizado en la sección de las funciones de la norma.³²⁴

8. El sistema normativo según Ross

Aquí es aconsejable nuevamente empezar por lo que Ross consideró como el punto de vista corriente en *Hacia una ciencia realista del derecho* [I]. El derecho positivo o vigente era caracterizado como un sistema de reglas generales, determinadas mediante características externas respecto a su génesis. Por ser positivo estaba establecido históricamente y "no deriva su validez de principios racionales, sino de una autoridad históricamente dada". Estas reglas no eran sólo válidas, sino que en general eran eficaces.³²⁵ Sabemos ya cómo Ross ha reinterpretado la noción de validez, por lo que no nos detendremos a repetirlo. Sin embargo, aun

³²² *Ibid.*, p. 182.

³²³ *Ibid.*, pp. 106 y ss.

³²⁴ *Ibid.*

³²⁵ Ross [I], pp. 25 y ss.

después de la reinterpretación pueden plantearse el problema si el derecho positivo es o no un sistema para Ross.

Por lo pronto es claro que rechaza la idea de lo que Kelsen llamó un "sistema estático". Expresamente dice que es falso que el derecho sean proposiciones y que las decisiones judiciales sean su "aplicación lógica". Las sentencias no son una mera inferencia de las reglas generales.³²⁶ Postergando por un momento la cuestión de la norma básica, es claro que tampoco aceptaría la tesis de que fuese un sistema "dinámico", así fuera derivado de una constitución positiva. Su argumento sería que no es posible localizar las fuentes del derecho en procedimientos estrictamente formales. A partir de las decisiones judiciales, Ross muestra que éstas se encuentran motivadas por dos grupos de factores: las reglas formales, válidas y pre-existentes por un lado, y las consideraciones materiales de tipo práctico e ideológico, que si bien no tienen en sí la garantía de la legalidad, la adquieran por su aplicación. Clasificando estas fuentes, dice que serían: a) la legislación, esto es, normas positivas establecidas por una autoridad competente; b) la costumbre, directivos "semiobligatorios y semiestablecidos" que surgen de los precedentes, y c) la equidad, como las consideraciones libres e inarticuladas que surgen de actitudes de todo tipo: deseos, intenciones, prejuicios e ideologías.³²⁷ Sin embargo, para no ceder totalmente al realismo sociológico, advierte que no es posible ahuyentar "toda noción de validez del concepto del derecho" y por ello, de estos factores de motivación son eliminados como fuente de derecho los que no expresen una "tendencia común y socialmente determinada hacia una cierta regularidad, sino exclusivamente como expresión de una actitud individual del juez y no se viven como llevando el sello de validez jurídica". Con esto elimina lo que llama la "arbitrariedad".³²⁸ El derecho no es todo aquello que opera sobre los órganos jurídicos y se convierte en eficaz, sino lo que además es válido, esto es, es vivido como obligatorio. Esta validez difiere considerablemente de la validez formal kelseniana. El que no sea un sistema dinámico no es, empero, la última palabra. Ross reconoce en estas páginas que "el sentimiento de validez jurídica se asocia continuamente con la noción de que el derecho es un orden social común por encima del individuo..."³²⁹ Ross oscila entre considerar al derecho como norma y como mero fenómeno; la primera posición facilita la explicación del derecho como un sistema o un orden, la segunda la imposibilita. En la medida en que Ross se acerca más al realismo empirista, la noción de sistema se esfuma gradualmente.

La postura de Ross se refleja claramente en el problema del fundamento del orden jurídico. La tesis normativista, representante del racionalismo, soluciona el problema mediante una norma básica (Kelsen) como fuente suprema de la validez; la tesis sociológica empirista ve en las costumbres

³²⁶ *Ibid.*, pp. 136, 140 y ss., 174.

³²⁷ *Ibid.*, pp. 115 y ss.

³²⁸ *Ibid.*, pp. 160 y ss.

³²⁹ *Ibid.*, p. 161.

reales las últimas fuentes de la realidad jurídica. Aquí, como en cuestiones anteriores, ambas posiciones se ven envueltas en antinomias y cada una de las tesis supone la adversa, cayendo en el dualismo. Las preguntas ¿qué norma fundamental es real? y ¿qué costumbre es válida?, precipitan a cada teoría en brazos de su opositora.³³⁰

Fiel al programa de esta obra [I], cuyo subtítulo es *Critica del dualismo en el derecho*, Ross busca la solución dentro de su monismo realista. Al contemplar al derecho como validez *a priori*, la fuente del conocimiento jurídico tiene que ser la razón pura. Al contemplarlo como hecho empírico, el único modo de conocerlo es la experiencia. Ambas visiones están equivocadas. "El sistema jurídico, anota Ross, descansa en cada una de sus partes en una integral creencia en su validez, y además, en muchas de sus partes sobre una compulsión que se relaciona con aquélla."³³¹ Ahora que, si la validez ha sido redefinida como referente a hechos psicosociales, el conocimiento de los fenómenos jurídicos, como el de todos los fenómenos "sólo puede ser obtenido a través de la experiencia de los fenómenos psicosociales. Por tanto, el conocimiento jurídico no presenta un problema epistemológico específico, y resulta absurda toda concepción de la fuente del derecho como una base epistemológica específica".³³² El problema del fundamento del orden jurídico es independiente del problema del conocimiento del derecho y es más bien un problema de las fuentes del mismo. En última instancia, el derecho se apoya en creencias y actitudes que Ross llamará más tarde ideología.

En *Sobre el derecho y la justicia* [II], la postura realista se ha matizado al introducir el concepto de norma con mayor firmeza, dándole ya la calidad de entidad lingüística, que aunque carecen de significado representativo, tiene una función y un "contenido lógico", constituyendo además uno de los dos aspectos esenciales del derecho. Con esos supuestos, Ross habla ahora de los diversos órdenes jurídicos nacionales como de conjuntos individuales de normas que constituyen un todo coherente de significado y los califica como sistemas.³³³ Aun cuando no aclara en qué consiste este carácter sistemático del derecho, se puede reconstruir más o menos lo que tiene que decir respecto al problema de cómo identificar a las normas que pertenecen a dichos conjuntos y de cómo están relacionadas las normas entre sí. Igualmente, encontramos pasajes en que se refiere a las cuestiones del fundamento y de la existencia de los sistemas jurídicos.

Con respecto a los criterios de identificación dice: la coherencia de significado, interna a un orden jurídico nacional visto como un todo, "determina qué es lo que queda incluido dentro de ese todo".³³⁴ Adviértase que como considera que la definición del concepto del derecho no es necesaria para hacer ciencia jurídica, concluye que, así como no hay dificul-

³³⁰ *Ibid.*, pp. 142 y ss.

³³¹ *Ibid.*, p. 125.

³³² *Ibid.*, p. 155.

³³³ Ross [II], p. 30.

³³⁴ *Ibid.*, p. 30.

tad para identificar las reglas del ajedrez, sin confundirlas con las del “tenis, del futbol o del bridge”, así tampoco hay normalmente ninguna dificultad para “determinar si una regla es parte del derecho nacional o si pertenece a un sistema diferente de normas, por ejemplo, a otro orden nacional, a las reglas del ajedrez o a la moralidad”.³³⁵ Al explicitar cómo es que el sistema individual que constituye un orden jurídico nacional está determinado por una “coherencia interna de significado”, recurre primero al modelo del ajedrez. ¿Cómo sé cuáles son las reglas del ajedrez? Si conozco a qué juego se le llama “ajedrez”, tal coherencia está dada por el hecho de que serán reglas del ajedrez, todas aquellas que se refieran a las movidas hechas por los jugadores. Igualmente, si las normas jurídicas han de constituir un sistema, es porque ellas se refieren a personas y acciones definidas, y para identificar estas acciones y personas tengo que recurrir, según Ross, a “un análisis de las reglas comúnmente consideradas como un orden jurídico nacional, a quiénes están dirigidas y cuál es su significado”.³³⁶ En otras palabras, se podría parafrasear la solución de Ross de la siguiente forma, a quien pregunte: ¿cuáles son las reglas del ajedrez?, hay que contestarle: las que de hecho usen los jugadores del ajedrez; y a quien pregunte ¿cuáles son las normas que pertenecen al orden jurídico dinamarqués?, Ross le contestaría en los términos en que habla en su texto: “un orden jurídico nacional... puede ser definido como el conjunto de normas que efectivamente operan en el espíritu del juez, porque éste las vive como socialmente obligatorias y por eso las obedece”.³³⁷

Curiosamente, en esas mismas páginas Ross plantea el problema de la existencia de un sistema jurídico o, en sus palabras, de su vigencia, afirmando que la condición es que “pueda servir como esquema de interpretación para un conjunto correspondiente de acciones sociales, de tal manera que se nos hace posible comprenderlas como un todo coherente de significado y motivación...” añadiendo que esta aptitud del sistema “se funda en el hecho de que las normas son efectivamente obedecidas, porque se las vive como socialmente obligatorias”. Ahora bien, tales acciones son las decisiones de los tribunales, destinatarios reales de las normas jurídicas, y por tanto en estas decisiones “tenemos que buscar la efectividad en que consiste la vigencia del derecho”.³³⁸

Las afirmaciones anteriores muestran que en Ross la cuestión de qué normas pertenecen a un sistema y la de qué normas están vigentes o existen, difícilmente pueden distinguirse. El criterio para identificar al sistema y determinar sus normas rezaría más o menos así: un sistema contiene todas y sólo las normas que efectivamente operan en los jueces. El criterio de existencia o vigencia diría: un sistema jurídico existe sólo si es eficaz, es decir, si es aplicado de hecho por los órganos. El inquirir por el motivo de esa confusión nos ayudará a comparar esta solución de Ross con las de

³³⁵ *Ibid.*, pp. 30 y ss.

³³⁶ *Ibid.*, p. 32.

³³⁷ *Ibid.*, p. 34. Ross llama “juez” a todo órgano que previene y castiga delitos.

³³⁸ *Ibid.*

otros teóricos como Austin y Kelsen. En ellos el criterio de identificación de un sistema radica en el principio u origen de las normas —el soberano y la norma básica respectivamente—, un ente social (hombre o grupo), en un caso, una entidad teórica en el otro. Ambos, empero, a través de una cadena formal de validez unifican y retrotraen las normas a una fuente formal única. Cuando en Ross la influencia del empirismo es preponderante (el cual va cediendo, sin embargo, terreno al normativismo), contempla únicamente las denominadas fuentes reales —la legislación, la costumbre y, ahora en lugar de la equidad, la razón o tradición de cultura—,³³⁹ sin poner ninguna atención en el origen formal. De este modo el origen son los hechos psicosociales que en última instancia constituyen el derecho en acción. Saber cuál es el derecho en acción es saber si está vigente.

Cuando está dominado por esta perspectiva, Ross plantea el problema del fundamento del orden jurídico en términos de averiguar cuáles son las condiciones que hacen posible su eficacia. A esto responde que: "jamás sería posible edificar un orden jurídico eficaz si no existiera dentro de la magistratura un sentimiento vivo y desinteresado de respeto y obediencia hacia la ideología jurídica en vigor".³⁴⁰ Por esto mismo, la base del orden jurídico no es el poder, todo poder político es competencia jurídica y el aparato del estado está condicionado por factores ideológicos.³⁴¹ Esta ideología la caracteriza Ross como un conjunto de directivas que no se refieren al modo como ha de resolverse una controversia jurídica, "sino que indican la manera en que debe proceder el juez para descubrir la directiva o directivas que son decisivas para la cuestión en debate". Esta no es arbitraria, sino una ideología común "activa y presente en el espíritu de los jueces" que constituye el fundamento del orden jurídico.³⁴² En este contexto se repiten sus argumentos contra Kelsen, la validez de la norma básica ya no puede determinarse formalmente por lo que hay que recurrir a la realidad del orden jurídico eficaz para elegirla. A esta altura tal norma sólo otorga la validez que exige la propia interpretación metafísica kelseniana, ya que nadie sabe en qué consiste tal validez.³⁴³

Bien pronto se ve, no obstante, que no es ajena a Ross, ni mucho menos, una perspectiva nomativista. Esto resulta particularmente claro al plantearse la cuestión de las relaciones entre normas. Obviamente que el aspecto fenoménico del derecho, lo que él llama el derecho en acción, sólo da lugar a relaciones causales entre dichos fenómenos. Empero, en otras partes, al considerar las relaciones entre normas habla de relaciones lógicosemánticas. Por ejemplo, al ponderar el argumento que excluirla del orden jurídico a las normas de competencia, en virtud de no estar respaldadas por la fuerza, aduce que sería absurdo negarles el carácter jurídico "porque

³³⁹ Véase cap. III donde amplía la tesis de su libro anterior.

³⁴⁰ *Ibid.*, p. 53.

³⁴¹ *Ibid.*, p. 57.

³⁴² *Ibid.*, pp. 73 y 74.

³⁴³ *Ibid.*, pp. 68 y ss.

dichas normas... se hallan en una indisoluble cohesión de significado con las normas de conducta directas".³⁴⁴

Estas no serían las únicas relaciones estructurales que se encontrarían entre las normas, aun más interesante es el caso de lo que llama el autor "el complicado sistema de autoridades de diverso nivel". Una ley recibe su autoridad de las normas de competencia que definen las condiciones bajo las cuales su promulgación tendrá fuerza legal. Tales condiciones son formales cuando definen el procedimiento e identifican a las personas competentes para tal acto. Son materiales cuando definen el contenido de la norma que puede ser promulgada mediante tal procedimiento. Pero estas normas de competencia constituyen a veces nuevas autoridades que, a su vez, pueden ser competentes para establecer otras autoridades. De este modo se establece una relación que llamaríamos de jerarquía o de delegación, la cual Ross advierte que conduce necesariamente a una autoridad suprema, constituida conforme a un conjunto de reglas que ya no fueron creadas por ninguna autoridad; tales normas de la más alta competencia "tienen que ser presupuestas".³⁴⁵ Tratando de ser congruente añade que "tienen que existir como una ideología presupuesta".³⁴⁶

En este momento surge dentro de su modelo un problema curioso al que Ross dedicará muchas reflexiones y que lo llevará más tarde a una solución sorprendente. Pensemos en el artículo 135 de nuestra Constitución Federal.³⁴⁷ Esta norma establece un órgano competente para adicionar o reformar "la presente Constitución". Ahora bien, dice Ross, esta autoridad suprema o poder constituyente está instituido por reglas del artículo 135 que "encarnan el más alto presupuesto ideológico del orden jurídico (norteamericano) ... y no pueden ser reformadas por ninguna autoridad". A la objeción obvia de que existe la posibilidad jurídica de reformarlo ajustándose al propio artículo, contesta Ross diciendo que el que una norma determine las condiciones de su propia creación o el modo en que puede modificarse, es "una imposibilidad lógica". Este vicio de la "reflexividad" por el cual una proposición se refiere a sí misma es, dice Ross, generalmente reconocido por los lógicos y se remite a la opinión de Jorgensen. De lo anterior se sigue que la Constitución no puede establecer las condiciones de su propia reforma y que el artículo 135 no es, lógicamente, parte de la Constitución, sino "derecho presupuesto".

Para hacer comprensible su argumento lo ejemplifica con la siguiente situación: si el artículo 135 se modificara mediante el procedimiento que él mismo establece, decidiéndose que en el futuro las legislaturas de los Estados tuvieran que aprobar las reformas por mayoría de dos tercios, en lugar de la simple mayoría del texto actual, el nuevo artículo no podría

³⁴⁴ *Ibid.*, p. 52.

³⁴⁵ *Ibid.*, pp. 77 y ss.

³⁴⁶ *Ibid.*, p. 78.

³⁴⁷ Aunque Ross usa el ejemplo del artículo V de la Constitución norteamericana, el contenido es similar para los efectos del argumento y lo mismo puede decirse de muchas disposiciones en otras constituciones.

ser considerado como derivado del anterior, pues esto supondría que sigue teniendo validez y que, en consecuencia, el 135 bis puede reformarse mediante el mismo procedimiento que lo creó. Ciertamente es, reconoce Ross, que los políticos y juristas sostendrían que el modo lícito de reformar el artículo 135 es el establecido por él mismo, pero esto es un "hecho sociopsicológico que ha de ejercer una gran influencia en el curso efectivo de la vida política" y no constituye una razón para modificar el análisis lógico anterior. En resumen, se puede generalizar diciendo que "todo sistema de derecho legislativo... se basa necesariamente en una hipótesis inicial que constituye a la autoridad suprema, pero sin haber sido creada por ninguna autoridad. Sólo existen como una ideología política que forma el presupuesto del sistema. Todo cambio en ella, es decir, toda transición de un sistema a otro es... un cambio fáctico sociopsicológico en la ideología política dominante y no puede ser descrito como creación jurídica mediante un procedimiento."⁸⁴⁸

En relación con los problemas conectados con la noción de sistema, se encuentran precisiones y desarrollos en algunos artículos escritos después de este libro. En el primero de ellos intitulado "El concepto de la validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural",⁸⁴⁹ distingue tres funciones y significados de la palabra "validez": a) usada en las exposiciones dogmáticas del derecho vigente para indicar si un acto jurídico tiene o no los efectos jurídicos deseados. Es una función interna porque afirmar que un acto es válido es afirmar algo, según un sistema de normas dado, es aplicar normas a hechos; b) usada en teoría general del derecho para indicar la existencia de una norma o de un sistema de normas; significa existencia efectiva o realidad. Es una función externa porque al predicar validez de una norma o de un sistema, afirmamos algo acerca de ellos. A diferencia del caso anterior, el anunciado que lo afirma no es un "juicio jurídico" sino un enunciado fáctico que se refiere a hechos sociales; y c) en ética y en la doctrina jusnaturalista "validez" alude a una cualidad apriorística, específicamente moral o "fuerza obligatoria" que se le atribuye al derecho y que da lugar a una obligación moral.⁸⁵⁰

En términos generales el uso (b) equivale a existencia o eficacia. Al predicar la validez de una norma o sistema afirmamos que suceden hechos sociales complejos, que incluyen condiciones psicológicas. Esto no impide que pueda ser difícil definir exactamente qué hechos y cómo se verifican, pero no tiene ninguna connotación moral. El uso (c), en cambio, no cumple ninguna función descriptiva ni explicativa de la realidad. Su función es ideológica en tanto refuerza la autoridad del estado otorgándole fuerza moral a sus normas. El uso (a) "es bien conocido por todos los abogados" y Ross remite a su libro anterior y al de Hart.⁸⁵¹

⁸⁴⁸ *Ibid.*, pp. 79 y ss.

⁸⁴⁹ Apareció originalmente en texto bilingüe en la *Revista Jurídica de Buenos Aires*, IV, 1961, y fue editado después en una colección *El concepto de validez y otros ensayos*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1969.

⁸⁵⁰ *Op. cit.* en la nota anterior, pp. 25 y ss.

⁸⁵¹ *Ibid.*, pp. 27, 30 y ss.

En otro de sus artículos, "Sobre la autorreferencia y un difícil problema de derecho constitucional",³⁵² Ross replantea el problema acerca del fundamento del sistema jurídico. Llegados a una autoridad suprema, A, cuya competencia no deriva de ninguna otra y está constituida por una o varias reglas de competencia C, que son "su norma básica", qué significa que C no es creada por ninguna otra autoridad?, ¿cómo establecer en ese caso la existencia de C? Al filósofo de Copenhague le parecen posibles sólo dos respuestas que son, por desgracia, inaceptables: 1) C es derecho creado por A misma, y 2) no es derecho creado y esto significa que su validez jurídica no puede ser derivada de la validez de ninguna norma. Es un hecho originario, un presupuesto de la validez de las otras normas del sistema.³⁵³

El caso es ilustrado ahora con el artículo 88 de la Constitución danesa de 1953, al que llama "norma básica del orden jurídico danés", pero como para los efectos del argumento es sustituible usaremos nuestro artículo 135. La respuesta (1) diría entonces que el artículo 135 puede ser reformado de acuerdo con sus propias reglas y la (2) sería que por ser la validez del artículo 135 un hecho originario, no deriva su validez de ninguna norma y no existe un procedimiento jurídico para su reforma. Como esto no significa que sea inmodificable, la transición es un proceso sociopsicológico y la validez del artículo 135 reformado, 135 bis, no derivaría del 135 "sino que emana directamente del hecho de que es aceptado como derecho por la comunidad".³⁵⁴

A continuación el autor intenta demostrar por qué ambas respuestas le parecen inaceptables. (1) "se opone a algo que se sostiene es un teorema lógico, según el cual las oraciones que se refieren a sí mismas carecen de significado".³⁵⁵ Gran parte del artículo está dedicada a probar que la autorreferencia es lógicamente absurda (por ejemplo, "esta oración es falsa" carecería de sentido), y que, además, el razonamiento que fundara la validez del 135 bis en el 135 constituiría otro absurdo lógico, en el cual la premisa —artículo 135— es contradictoria con la conclusión —artículo 135 bis—, que establece una manera distinta para reformar la Constitución.³⁵⁶ En cuanto a (2) contraría "al hecho innegable de que el pueblo... piensa y actúa como si la norma básica (artículo 135) pudiera ser reformada de acuerdo con sus propias reglas". La explicación que daba anteriormente³⁵⁷ era que "los seres humanos están dominados por ideas que no pueden ser expresadas racionalmente sino tan sólo en términos mágicos". Reconoce, no obstante, que ya no puede sostener esta explicación. La comprensión que tiene el pueblo del artículo 135 "tiene que ser expresable en términos racionales" y esta solución la ofrece Ross.³⁵⁸

³⁵² Apareció en la colección citada en nota 349 *supra*, pp. 47-81 y publicado originalmente en 1969 en *Mind*.

³⁵³ *Ibid.*, pp. 50 y ss.

³⁵⁴ *Ibid.*, pp. 52 y ss.

³⁵⁵ *Ibid.*, p. 53.

³⁵⁶ *Ibid.*, pp. 54 y 72.

³⁵⁷ Se refiere a Ross [II].

³⁵⁸ *Ibid.*, pp. 56 y ss.

No es el lugar para detenernos en analizar las distinciones y argumentos con que Ross refuta las objeciones contra la condena lógica de las oraciones reflexivas y defiende su tesis de que "la autorreferencia genuina, directa o indirecta, total o parcial, priva de significado a la oración en la medida en que contiene la autorreferencia".³⁵⁹

En cambio, en la exposición de la evolución de su pensamiento es revelador lo que dice al aventurar su propia solución. El principio del que parte es que de la validez de una norma no puede derivarse la validez de otra norma incompatible y, por tanto, "la norma básica de un sistema jurídico "tiene que ser inmodificable mediante un procedimiento jurídico". Esto quiere decir que el artículo 135, "es decir, en términos generales, la norma que constituye la autoridad suprema, en este caso la autoridad constituyente, no es la norma básica del sistema".³⁶⁰ Hay una norma superior "que inviste al artículo 135 de su validez constitucional, y esta norma es la norma básica, la norma inmodificable del sistema". Ella delega competencia, sin transferirla porque esto sería autodestructivo.

La paradoja queda solucionada mediante la admisión de la "existencia de una norma básica de este tipo como fundamento último de la validez de un orden jurídico que contenga reglas para la reforma de la Constitución tales como el artículo 88 de la Constitución danesa". Esta norma básica diría aproximadamente: "Obedeced a la autoridad instituida por el artículo 135 hasta que esta autoridad designe un sucesor; entonces obedeced esta autoridad hasta que ella misma designe un sucesor; y así indefinidamente". Aceptándola es fácil ver que el artículo 135 bis no sería válido en virtud del 135, sino en virtud de esta norma básica, fundamento jurídicamente inmodificable del sistema.³⁶¹

Podemos resumir algunas características de la norma básica que se desprenden del artículo de Ross, reconociendo de antemano que se restringen a casos como el artículo 88 de la Constitución danesa:³⁶² 1) esta norma no es creada por una autoridad jurídica y, en consecuencia, no es derecho positivo; 2) es una norma supuesta o hipotética; 3) delega competencia a la autoridad suprema de un sistema jurídico; 4) fundamenta la validez del orden jurídico en cuestión; 5) la validez no emana ya de hechos psicosociales, sino de normas supuestas; 6) estas normas son inmodificables por procedimientos jurídicos; 7) es formulada por un científico del derecho para "expresar sin contradicciones ni absurdos lógicos las ideas que realmente gobiernan la conducta de los hombres"; y 8) su aceptación está

³⁵⁹ *Ibid.*, p. 71. Los argumentos de Ross contra Hart y Christensen no son convincentes. Además su solución ha sido atacada posteriormente por J. Raz, "Professor A. Ross and Some Legal Puzzles", *Mind*, Vol. LXXXI, No. 323, julio 1972, pp. 415 a 421, y por N. Hoerster, "On Alf Ross' Alleged Puzzle in Constitutional Law", *Mind*, LXXXI, 323, pp. 423-426.

³⁶⁰ *Ibid.*, p. 77.

³⁶¹ *Ibid.*, pp. 78 y ss.

³⁶² Como vimos, el artículo V de la Constitución norteamericana y el 135 de la nuestra son similares y, además, una revisión de constituciones contemporáneas mostraría que son, ni con mucho, las únicas que contienen semejantes disposiciones.

condicionada a querer entender una situación jurídica que de otra manera es ininteligible.

En *Directives and Norms* se encuentran únicamente algunos comentarios aislados sobre la noción de sistema jurídico. Vale la pena recordar, de entre ellos, la aceptación cabal de que un sistema jurídico constituye “un todo lógico y sistemático” integrado tanto por reglas generales como por normas singulares derivadas de ellas (contratos, sentencias, etcétera).³⁶³ Incluso se adhiere tácitamente a la división kelseniana, ya que al distinguir entre el discurso normativo jurídico y el no-jurídico, sostiene que el segundo es más simple y da como razón el que las modalidades de las normas de competencia “no se aplican a sistemas estáticos que carecen de legislación y de otros tipos de actividad creadora de normas”,³⁶⁴ lo cual equivale a sostener que el derecho es un sistema dinámico con órganos creadores sujetos a normas; en otras palabras, que el derecho regula su propia creación. Esto último se confirma cuando, al discutir la descripción de la acción-idea como elemento constitutivo de la norma, expresa Ross que un recurso técnico para especificar la situación en que ha de operar una norma es fijarle como condición la violación de otra norma, conectándolas de este modo en una unidad sistemática o sistema de normas.³⁶⁵

Sabemos que esta es una conexión lógica de significado que, al mismo tiempo, jerarquiza las normas. Prácticamente es imposible que cada norma contenga todas las condiciones de su aplicación, además de que muchísimo material se repetiría en cada norma. Este esquema lo divide Ross en tres tipos de normas: 1) derecho sustantivo o primario que establece las obligaciones de los ciudadanos; 2) derecho sancionador o secundario, que establece las sanciones,³⁶⁶ y precisa las condiciones de su aplicación, y 3) derecho procesal o terciario, que enuncia otras condiciones para dictar sentencias, en especial, las condiciones para iniciar una acción, las reglas de prueba y de procedimiento en el tribunal. “Estos grupos separados pueden ser organizados en una jerarquía de modo que la condición de aplicación de normas en un nivel sea definido como la violación de normas de un nivel más bajo”.³⁶⁷ El esquema no es, empero, desarrollado y subsiste la duda de cuál es la relación entre estos tipos de normas, ya que obviamente la relación entre primarias y secundarias sí satisface el requisito de que entre las condiciones de aplicación de las secundarias, está la violación de las primarias, pero esto no sucede en la relación entre secundarias y terciarias, además de que nada se dice expresamente de las normas que confieren poder para legislar, quizá porque Ross se aferra a la idea de que todas las normas jurídicas imponen una obligación.

³⁶³ Ross [IV], p. 100.

³⁶⁴ *Ibid.*, p. 135.

³⁶⁵ *Ibid.*, p. 113.

³⁶⁶ Ross dice que son obligatorias “aunque no se dice que un delito implica la obligación de sufrir el castigo”, *ibid.*, p. 114, n. 2.

³⁶⁷ *Ibid.*, pp. 114 y ss.

SEGUNDA PARTE

CONFRONTACIÓN DE LAS TEORÍAS DE KELSEN Y DE ROSS

V. DIFERENCIAS EN CUANTO AL OBJETO

1. Respecto a la naturaleza de la norma

1.1 Se sabe ya que en [I], Ross sostuvo de alguna manera la tesis de que los enunciados de deber ser eran reducibles a enunciados del ser, esto es, que el dualismo ser deber-ser era insostenible. Si se aceptaba tal dualismo las normas no podían servir para interpretar la realidad social ni para valorarla.¹ A esto, Kelsen contestó diciendo que los enunciados a) "algo es el caso", y b) "algo debe ser", pueden compararse y concluirse si el hecho corresponde o no con la norma, sin que por ello tengan el mismo sentido. Por tanto, son irreducibles lógicamente, ya que de (a) no puede deducirse (b), ni viceversa. La comparación es posible, escribe, por lo que tienen en común: el "algo", una conducta, mientras que la diferencia radica en la modalidad.² Este punto coincide casi totalmente con la posición final de Ross, según la cual el directivo y el indicativo pueden tener en común un tópico (T), distinguiéndose por el operador: "i" para los indicativos y "d" para los directivos.³ Al ahondar en esta distinción entre ser y deber ser, Kelsen confesó que los enunciados (a) y (b) son "esencialmente diferentes": (a) describe un hecho y (b) describe una norma; sin embargo, la diferencia no puede explicarse más detalladamente ya que "está dada inmediatamente en nuestra conciencia". El concepto deber ser es una noción simple en el sentido en que "bueno" y "amarillo" son nociones simples para G. E. Moore.⁴

En Ross la fórmula i(T) consiste en pensar el tópico como real o pensar a la proposición como verdadera, pero confiesa "imposible de entender... que significa decir... que el tópico debe ser real..."⁵ empero hay una diferencia semántica, ya que el tópico "es tenido como pauta de conducta" y a esta diferencia semántica corresponde una diferencia pragmática: función informativa y directiva respectivamente.⁶ La manera de proceder de Ross es proponer dos ejemplos: a) "Pedro está cerrando la puerta" y b) "Pedro, cierra la puerta". Para él es "obvio" y "evidente" que tienen significados diferentes y a partir de estos casos "paradigmáticos", lleva a cabo su análisis semántico y pragmático.⁷

Conclusión: aunque el análisis de Ross es más detallado (lo cual no quie-

¹ Ross [I], p. 50.

² Kelsen [XX], p. 19, nota.

³ Ross [IV], pp. 14, 35, 60 y ss.

⁴ Kelsen [XX], p. 5.

⁵ Ross [IV], p. 35.

⁶ *Ibid.*, p. 70.

⁷ *Ibid.*, pp. 12 y 34.

re decir que sea más correcto), las nociones de ser y deber ser son tomadas como punto de partida en ambas concepciones, aceptando la irreductibilidad lógica de las mismas. El deber ser del que el realista quería huir aparece ya claramente en [II], pues como ya apuntó Kelsen, cuando Ross habla de “una cierta correspondencia entre un contenido de idea normativa y los fenómenos sociales”: como “contenido de idea normativa”, ¿qué se puede entender sino la idea de deber ser?⁸

1.2 Otro ataque inicial de Ross fue su rechazo del concepto de validez como categoría o esfera de existencia coordinada con la realidad, considerándolo como “sin sentido”, “erróneo”, “epistemológicamente imposible” y una simple “racionalización de hechos psicológicos”. Empero, no lo consideraba como un concepto eliminable de la teoría del derecho ya que era el elemento específico del derecho, es decir, el criterio para decidir qué conducta es objeto de la ciencia jurídica. Al reinterpretarlo, dice que el elemento esencial de la validez no es un deber ser, esto es, algo normativo, sino un hecho de carácter psicológico, una racionalización de la actitud de conducta desinteresada.

A ello responde Kelsen que al llamarla una “racionalización errónea”, elimina con ello el concepto de validez y no lo reinterpreta como deseaba. Los hechos no pueden ser válidos, simplemente existen o no existen. Además, si este fuera el elemento esencial del concepto del derecho, siempre que hubiese un fenómeno jurídico se daría este hecho psicológico, lo cual claramente no es el caso. Muchas veces se cumple motivado por miedo, esto es, por una actitud de conducta interesada. Para Kelsen esta validez tiene que ser de deber ser. Acepta la tesis de Ross de que no es algo “dado objetivamente”, no es una cualidad real perceptible por los sentidos. Esto no es incompatible con la teoría pura para quien la validez es sólo una interpretación posible y no necesaria de los actos, condicionada por la presuposición de la norma básica. No es una creencia o racionalización errónea, no se cree en algo erróneamente —como en el caso de creer en dioses que no existen—, sino simplemente se interpretan actos reales con fundamento en la norma básica.⁹

La validez, entendida aquí como existencia, remite a la existencia ideal y no material de las normas. Ross no se decide entre eliminar el concepto de validez y conservarlo. Consciente de ello en [II] ya no habla de la validez como “racionalización errónea”, identificándolo ahora con eficacia y vigencia. Pero la existencia de las normas no se agota en los hechos sociales; el aspecto de la idea normativa o directiva no es un fenómeno sino la contraparte del mismo. El directivo, en tanto significado, no es un hecho físico, ni una ocurrencia mental en un individuo, sino que es “un contenido significativo abstracto”.¹⁰ Tampoco puede confundirse con la forma lingüística que lo expresa.¹¹ Todo lo cual autoriza a concluir que al me-

⁸ *Ibid.*, p. 42.

⁹ Kelsen [XX], pp. 215 y ss.; [XXXI], pp. 15 y ss.

¹⁰ Ross [IV], p. 10.

¹¹ *Ibid.*, p. 36.

nos en uno de los aspectos la norma es una entidad ideal o abstracta que no existe como un hecho físico, ni psicológico, sino, más bien, como una construcción lógica. En ese mismo nivel se encontrarían los "sustratos o contenidos de sentido", con los que la teoría pura caracteriza a las normas:

1.3 Aun a riesgo de alterar el orden de la exposición es conveniente abordar el problema relativo a la relación entre normas jurídicas y proposiciones jurídicas. Se vio que para Ross la proposición jurídica al describir "ciertas normas como derecho vigente, describe ciertas realidades sociales, un cierto contenido de ideas normativas tal como son realmente experimentadas y realmente efectivas".¹² Las proposiciones de la ciencia del derecho se refieren "en última instancia" a hechos sociales.¹³ Confesado empirista, declara Ross que la ciencia del derecho es empírica y dado que el derecho son normas, esto es, objetos ideales, parecería que con ello se rechaza completamente la postura kelseniana, en la cual la jurisprudencia describiría el sentido de los actos humanos. Kelsen insiste en que tales actos ocurren en el tiempo y en el espacio, por lo cual no se trata de ninguna metafísica. El concepto de ciencia empírica en Ross es "excesivamente restringido" y la teoría pura no es menos empírica que la teoría realista.¹⁴ Al contestar a Ross se pregunta el jefe de la Escuela de Viena: ¿qué hecho describe la proposición "D" es derecho válido en California?¹⁵ Claramente ni un hecho, ni una generalidad empírica. Si la conducta se adecúa al derecho es porque son dos cosas diferentes, observa Kelsen. Por esta razón el derecho no es un hecho y "sólo puede ser descrito por medio de proposiciones de deber ser".¹⁶ Aunque la conclusión del razonamiento no es convincente, la cuestión es menos compleja si se recuerda que en esas proposiciones "de deber ser", el deber ser ocurre en ellas con una función descriptiva y, por tanto, pueden ser verdaderas o falsas.¹⁷

El argumento de Ross para probar que las proposiciones jurídicas son descriptivas de hechos y nada más, es el siguiente: 1) la existencia de una norma tiene como condiciones necesarias y suficientes los hechos sociales en que consiste su eficacia; 2) el método de verificación determina el significado, y 3) el enunciado "existe una norma N" agota su significado en los hechos que lo verifican, los cuales incluyen la eficacia del orden al que pertenece la norma. No es necesario, más bien es superfluo y carente de sentido añadir el predicado "validez".¹⁸

Kelsen, por su parte, acepta que la eficacia es el criterio del derecho positivo, y que decir que "el derecho positivo es válido" significa: 1) que las normas deben ser acatadas y aplicadas sólo si son establecidas por actos

¹² Ross [II], p. 11.

¹³ Ross [III], p. 41.

¹⁴ Kelsen [XXXI], pp. 11, 15 y ss.

¹⁵ *Ibid.*, p. 18. La traducción del inglés es "válido", pero a partir de la aclaración de Ross debe entenderse "vigente", *ibid.*, p. 9.

¹⁶ *Ibid.*, p. 19.

¹⁷ *Ibid.*, pp. 20 y ss.

¹⁸ Ross [III], pp. 42 y ss.

humanos, y 2) sólo si en general son eficaces. Empero, el enunciado “N es válida” no agota su significado, conforme al principio del positivismo lógico usado por Ross, mediante los hechos que lo verifican. Por medio de la norma básica tales actos reciben una “interpretación normativa” que no es “especulación metafísica” y las normas válidas existen y además “los individuos deben comportarse como ellas lo establecen”.¹⁹

Dos diferencias son visibles: la existencia de la norma se prueba con hechos, pero ella misma no es un hecho, punto que es reconocido, al menos parcialmente, por Ross. Además, “validez” no alude sólo a existencia sino a obligatoriedad. Esto último será considerado en 1.4; por lo pronto, la diferencia está en que Ross llama a las proposiciones jurídicas proposiciones “del ser” y Kelsen las denomina de “deber ser”, con la reserva de que es un deber ser descriptivo. Las razones que tiene Kelsen son precisamente esas dos diferencias con Ross. La validez de la norma alude a su existencia ideal y a una cierta interpretación normativa de los hechos. Las diferencias disminuyen si se lee la última tesis de Ross. Al distinguir entre las expresiones O —normas— y las expresiones F —descriptivas de normas— escribe: “Déjenme recordarle al lector que el enunciado de que una norma existe... no es sólo un enunciado acerca de la ocurrencia de hechos sociales o psicológicos, sino también una *interpretación significativa de estos hechos*”. Es una interpretación de los hechos lingüísticos y psicológicos de quien enuncia la norma “*como teniendo significado directivo*”.²⁰ La proposición jurídica no es una mera descripción de hechos, de acuerdo con lo escrito, sino una interpretación normativa de los mismos. Las diferencias se reducen también en este punto.

1.4 Una crítica aparentemente acertada de Ross al concepto de validez de Kelsen puede resumirse así: el creador de la teoría pura afirma que la existencia de una norma es su validez y decir que la norma posee validez significa “que los individuos deben comportarse como la norma lo establece”.²¹ Ahora bien, si la norma expresa ya en su contenido inmediato lo que los individuos deben hacer, ¿qué significa decir que deben hacer lo que deben hacer? Al decir Kelsen que este es el significado objetivo de las normas, quiere decir que es una obligación real, verdadera, objetiva. La única manera de entenderlo es que se está postulando un deber moral de obedecer al derecho. Este concepto de validez no tiene, por tanto, ninguna función en la descripción y explicación de la realidad, es más bien un concepto ideológico cuya función es reforzar el orden jurídico proclamando que sus obligaciones son también morales. Es, en suma, el instrumento de una ideología sostenedora de la autoridad del Estado.²²

Como el argumento colocaría a Kelsen en la posición del jusnaturalismo conservador, como un “cuasipositivista” para usar el calificativo que

¹⁹ Kelsen [XXXI], p. 45.

²⁰ Ross [IV], pp. 182 y ss. (subrayado del autor).

²¹ Lo prescribe, dice la 2a. edición de Kelsen [XII].

²² Ross [III], pp. 27 y ss., pp. 41 y ss.

le endosa Ross, vale la pena examinar con detalle la tesis kelseniana y el alcance del argumento del discípulo.

Se dijo ya que según la teoría pura todo acto de voluntad humano dirigido intencionalmente a la conducta de otro, tiene como sentido subjetivo un deber ser. Esta fórmula oscura dice que todo acto volitivo humano en que se quiere que otro se comporte de cierta manera ha de entenderse como un deber ser. Ahora bien, sólo cuando este acto tiene objetivamente este sentido se puede decir que el deber ser es una norma. Recuérdese que las propiedades del deber ser objetivo o, lo que es lo mismo, de la norma válida "que vincula al sujeto a quien se dirige", son básicamente tres: 1) la conducta contenida en ella es considerada como debida para un "tercero extraño"; 2) es considerada como debida aun cuando el acto de voluntad que la originó ya no exista, y 3) es considerada como que debe ser aun cuando el sujeto a quien se dirige no conozca ni el acto ni su sentido, por lo cual estará de cualquier manera obligado o autorizado a comportarse conforme al deber ser.²³

Estas pretensiones coinciden razonablemente con las características de la objetividad y permanencia de los órdenes jurídicos modernos, en los cuales hay una gran independencia de las normas respecto a la voluntad del creador y del conocimiento del súbdito por consideraciones políticas, prácticas y éticas. A su vez, esta "objetividad" del derecho positivo depende de dos condiciones establecidas por la teoría (I) un mínimo de eficacia, el cual incluye la creación fáctica de las normas y la eficacia general del orden al que pertenecen las normas, y (II) la suposición de una norma básica. Mientras que (I) es verificable, (II) es una condición epistemológica que hace posible la interpretación tradicional del derecho como normas válidas. Por eso, subraya Kelsen que la validez de una norma es "indirectamente verificable".²⁴

A partir de lo anterior es posible replicar a Ross que una norma expresa lo que los individuos deben hacer, pero que si no es válida carecerá de las tres propiedades señaladas. Esto es lo que sucede cuando faltan las condiciones (I) y (II).²⁵ A la luz de esta interpretación es comprensible que Kelsen repita en varias partes que el acto de un bandido puede ordenar, pero no constituir una norma que obliga a quien se dirige. Situación que variaría si los bandidos tuviesen el control efectivo y permanente de un territorio.²⁶ Todo esto no supera por completo las dificultades, ya que la definición kelseniana de norma como deber ser objetivo impide hablar de una norma jurídica carente de validez. Pudiera hablarse quizás de exi-

²³ Kelsen [XX], p. 7.

²⁴ *Ibid.*, p. 76. Sobre la distinción entre sentido subjetivo y sentido objetivo en Max Weber y en Kelsen, así como su utilidad en las ciencias sociales, véanse Schutz, y Félix Kaufmann [II], pp. 205 y ss.

²⁵ Aunque Kelsen no es muy claro, parece que (I) es una condición necesaria; que (II) supone que se satisface (I) ya que no es posible suponer la norma básica si no se está frente a un orden coactivo y eficaz, aun cuando es posible que exista un orden coactivo y eficaz sin suponer (I).

²⁶ Kelsen [XX], pp. 8, 45 y ss.

gencias, como la del bandido o de leyes no vigentes, que carecen de validez, esto es, de las propiedades (1), (2) y (3). Esto, empero, va más allá de los textos confusos de Kelsen sobre la cuestión.

La validez, sin embargo, no parecería ser una "cualidad moral", sino la propiedad de lo que se conoce como objetividad del derecho, aunque es posible que en un análisis más profundo la ideología de todo sistema jurídico quedara al descubierto.²⁷ La validez objetiva del derecho, que Ross critica como una creencia de la metafísica religiosa y moral, subsiste en todo caso para todo aquel que haga uso de la noción del deber ser como irreductible a hechos y que distinga hechos interpretados normativamente, posición que incluye, como se mostró anteriormente, al propio Ross. El punto más débil de Kelsen vuelve a estar en la norma básica, ya que si acepta la existencia de un orden coactivo y eficaz como derecho ¿qué le falta?, ¿qué le da la norma hipotética? Si las propiedades (1), (2) y (3) se hacen depender de la condición (I) y el concepto de derecho incluye el de norma y el de deber ser, la existencia del derecho no requiere ya de una validez ulterior y la insistencia en ello inclina a pensar en el revestimiento del orden jurídico con un deber meta-jurídico de obedecerlo, al que alude la crítica de Ross.

En conclusión, cuando un orden jurídico existe, las normas que lo integran tienen la objetividad descrita en (1), (2) y (3), la cual podría ser establecida por un observador neutral o imparcial, pero ello no implica ninguna obligatoriedad diferente de la contenida en las normas del sistema, como parece insinuar Kelsen. Por lo demás, haciendo de momento a un lado la norma básica, tampoco aquí se encuentran las grandes diferencias que Ross quiere marcar.

1.5 Si se contrastan ahora las definiciones de normas propuestas, el resultado es el siguiente: en Ross, con ayuda del instrumental de la moderna filosofía analítica, la norma es un directivo, esto es, una entidad abstracta consistente en el significado de una expresión lingüística que dice que una conducta debe ser. El directivo debe, también, estar en correspondencia con los hechos sociales, lo cual quiere decir que además de proporcionar una interpretación de los mismos, tiene como condición para que exista como norma el que sea eficaz.

Conforme a Kelsen, utilizando una terminología filosófica neokantiana de principios de siglo, la norma es una entidad ideal consistente en el sentido de un acto humano que pretende que una conducta debe realizarse. El sentido de este acto es una norma cuando tiene validez objetiva, condición de existencia que incluye la eficacia del orden jurídico al que pertenece, más una condición epistemológica trascendental al estilo de Kant. Parecie-

²⁷ La superación del dualismo fundamental entre ser y deber ser en favor de un monismo naturalista, al cual apuntaba el propio Kelsen en *Sociedad y Naturaleza*, hizo que su discípulo Kunz le preguntara cuál sería entonces la posición de la teoría pura, a lo que le contestó: "en tal caso el derecho volvería a ser la ideología del poder y la teoría pura sería, a su vez, una exposición sistemática de la ideología del poder". J. Kunz, p. 49.

ra que no en balde ambos autores escriben que el contrincante se acerca cada vez más a su propia posición,²⁸ aunque sin reconocer su propia evolución convergente.

2. Respecto a la estructura de las normas

2.1 En lo que se refiere a la estructura interna de las normas jurídicas, la tradición había distinguido dos tipos de normas llamadas "primaria" y "secundaria". Las primeras, N_1 establecen lo que debe o no hacerse y, las segundas, N_2 proveen una sanción para la violación de N_1 .²⁹

Kelsen recogió la distinción movido por dos grandes preocupaciones: distinguir el derecho y la moral y reducir los dos tipos de norma a uno solo. Su primera concepción, vista más arriba, sostuvo que las verdaderas normas jurídicas son las N_2 y por tanto son las que merecen el nombre de "normas primarias".

En [XX] se abandona la distinción entre N_1 y N_2 . Una norma jurídica ordena una conducta estatuyendo una sanción como consecuencia de la conducta contraria. Esta es una norma autónoma y en ella la sanción está autorizada. En caso de existir otra norma que vincule la no ejecución de la sanción con una nueva sanción dirigida al órgano, entonces puede hablarse de que la sanción está ordenada.³⁰ El segundo tipo de normas jurídicas son las normas no-autónomas que regulan algunos presupuestos de la sanción.³¹

En este punto la distinción de Ross entre normas de conducta y normas de competencia sigue de cerca a Kelsen. Para él las normas de conducta dirigidas al particular son, como para Kelsen, "irrelevantes jurídicamente" y su interpretación de las normas constitucionales y procesales es análoga a la de Kelsen. Las auténticas normas jurídicas establecen obligaciones y están regulando el ejercicio de la fuerza.³² Aunque no se hará en este lugar una crítica de esta tesis, conviene recordar que el punto de partida es precisamente el sitio al que se han dirigido las observaciones disidentes. Aunque Ross no participa de la obsesión de una separación esencial y ra-

²⁸ Ross [III], p. 35; Kelsen [XXXI], p. 12.

²⁹ Sobre la historia de esta distinción desde Lhering y Thom, con un análisis especial de las concepciones de Kelsen y Hart, véase Gavazzi y Bobbio [IV].

³⁰ Esta interpretación sigue a Raz al afirmar que toda norma jurídica autoriza una sanción y difiere de Gavazzi quien cree que una norma puede ordenar una sanción. Ambos coinciden, empero, en que ahora la noción básica es autorización. Esta es, repetimos, una interpretación de Kelsen ya que puede darse otra solución al problema aceptando normas parcialmente autorreferentes, tales como la expuesta por Hart, o con nuevas distinciones entre normas, como la propuesta por Walter [II], p. 24.

³¹ En opinión de Walter el delito sería la condición de la norma coactiva y las otras condiciones pertenecerían a otro tipo de norma. *Ibid.*

³² Tanto Gavazzi como Bobbio señalan la semejanza de las concepciones. Hart llega a decir que en este punto Ross acepta, sin mayor discusión, el dogma kelseniano de que las normas jurídicas son directivas a los tribunales para aplicar sanciones bajo ciertas condiciones, en [III], p. 236.

dical entre derecho y moral, sí cae en el error de querer que todas las normas jurídicas verdaderas contengan una sanción. Esta posición "reduccionista" conduce a distorsiones serias del material jurídico y se apoya en un concepto de sanción que ha recibido serios ataques, tanto por parte de la teoría del derecho como de la sociología.³³

2.2 Por lo que toca a la estructura hipotética o categórica de las normas jurídicas se advirtió ya que Kelsen se inclinaba, por una parte, a no aceptar la existencia de normas categóricas y, por otra, reconocía que eran posibles las normas categóricas individuales. Como lo ha hecho notar su discípulo Walter, lo categórico o hipotético depende de su formulación lingüística. Apoyándose en Schlick, sostiene que todo juicio hipotético puede formularse en términos categóricos, por ejemplo: "si te prestan debes pagar" se convierte en "debes pagar los préstamos". Por otra parte, las normas categóricas pueden convertirse en hipotéticas, anteponiéndose como condición una tautología.³⁴ El mismo Walter apunta que la conexión establecida por Kelsen entre categóricas e individuales no es necesaria, ya que pueden darse las cuatro combinaciones posibles, incluso la de normas categóricas generales, como lo prueba con ejemplos.³⁵ Las especificaciones introducidas por Ross, pero originadas en Von Wright, hacen más exacta la noción de norma categórica y esto es un adelanto respecto a Kelsen, aunque las consecuencias respecto a la clasificación de las normas jurídicas son muy similares.

La impresión que se tiene de esta división de origen kantiano, la cual explica el ataque de Kelsen y los comentarios de Ross en [II], es que no se trataba como una clasificación apoyada en criterios de estructura lógico-sintáctica, sino que el fundamento y motivación de la separación se encontraba en razones axiológicas y morales. La idea kantiana vinculaba lo categórico e incondicionado con lo universal, válido para todo ser racional y, por tanto, con un valor moral superior a todo imperativo de tipo hipotético o condicionado fundado simplemente en la experiencia. No fue sino a partir de los recientes desarrollos de la lógica deóntica que la clasificación se abordó como un problema estrictamente sintáctico.

3. Respecto a la función de las normas

3.1. Haciendo a un lado las funciones sociopsicológicas o ideológicas de que habla Ross, una coincidencia notoria es la función interpretativa atribuida por ambos a las normas. Para Kelsen sin las normas jurídicas los actos perceptibles carecerían de sentido específicamente jurídico y solamen-

³³ Véase sobre todo Hart [I], pp. 27 a 41; Golding, pp. 88 y ss.; Gavazzi, cap. V; Raz [I], pp. 77 y ss.

³⁴ Walter [II], p. 22. Las convenciones sintácticas de reformular todas las normas con la forma condicional, obedece a consideraciones de la lógica deóntica diádica de Von Wright que buscaba con ello resolver las paradojas. Véase R. Hilpinen, pp. 27 y ss.

³⁵ *Ibid.*, p. 21, n. 39.

te podrían recibir una interpretación causal. Ross, quien en un principio se mostraba reacio a una interpretación diferente de la descripción empírica o fáctica,⁸⁶ evolucionó hasta reconocer expresamente que las normas permitían una "interpretación significativa de los hechos sociales", hablando de las normas como "esquemas de interpretación". Ellas, al igual que las reglas de un juego, sirven para darle sentido y coherencia a las acciones o fenómenos jurídicos. Esta interpretación es diferente de la que se haría causalmente y es constitutiva de la juridicidad. Como ninguno de los autores desarrolló esta idea común, es difícil señalar mayores diferencias que vayan más allá del obvio énfasis kelseniano en los aspectos epistemológicos de origen kantiano, los cuales sin embargo se mitigaron paulatinamente. Es interesante, empero, indicar que a partir de ciertas tesis de Wittgenstein se ha sostenido la necesidad del concepto de regla en la comprensión de los fenómenos sociales en general.⁸⁷

3.2 Ambas teorías coinciden en que dentro de la función normativa de regular la conducta humana, la más importante o esencial es la de ordenar o establecer obligaciones, añadiendo que la prohibición es definible a partir de la obligación según el esquema $Op = Ph-p$. El paralelismo termina aquí, la definición de obligación de Ross es muy semejante a la de Kelsen. En efecto, tras de decir que "obligación" expresa la actitud de sentirse vinculado que manifiestan quienes obedecen y respetan a la autoridad jurídica, agrega que la simple norma de conducta dirigida a los ciudadanos no es suficiente. "Lo que es jurídicamente relevante no son las esperanzas pías sino lo que ha de hacerse cuando el agente no cumple sus obligaciones". Por esta razón es natural definir "obligación" vinculándola a la reacción de los tribunales —castigo o ejecución— frente al incumplimiento. Sin embargo, para no ir contra los usos lingüísticos, no en todos los casos de reacción judicial desagradable se hablaría de obligación; sería necesario, además, el que dicha reacción fuese experimentada como reacción de desaprobación pública. De esta manera se eliminan los casos de responsabilidad objetiva, pago de impuestos, internamiento de enfermos mentales, etcétera, los cuales no tienen la naturaleza de sanción, sino "otra función considerada deseable y legítima".⁸⁸

La definición de Ross, aunque tiene como condición necesaria la sanción, se aparta de la teoría pura al incluir elementos psicológicos (actitudes y experiencias) y, aparentemente, al eliminar también algunos casos en los que no puede hablarse propiamente ni de obligación, ni de sanción.

Respecto al primer punto es bien sabido que según Kelsen una definición solamente puede incluir elementos tomados del derecho y no debe, por tanto, contener elementos psicológicos, morales o políticos que no sean parte del material jurídico o del "contenido de las normas jurídicas" por ser "jurídicamente irrelevante". Sin embargo Hart ha señalado con agu-

⁸⁶ Los límites entre describir e interpretar no son claros. Véase S. Körner [I], cap. V.

⁸⁷ Hart aplicó las tesis a la teoría del derecho y Winch a las ciencias sociales.

⁸⁸ Ross [IV], pp. 87, 125 y ss.

deza que la restricción kelseniana, en particular respecto a la definición o análisis del concepto de delito, no es útil ni teórica ni prácticamente y que más bien induce a confusiones al no permitir distinguir, por ejemplo, una multa del pago de un impuesto. Por otra parte, muestra cómo Kelsen mismo es inconsistente al incluir elementos "irrelevantes" desde el punto de vista del material jurídico en su definición de sanción.³⁹

En lo que se refiere al segundo punto divergente [XX] distingue dos sentidos de "sanción". En el sentido restringido solamente los actos coactivos que son "reacción contra un determinado comportamiento" considerado delictuoso por el orden jurídico, serían sanciones y, en consecuencia, ordenarían la conducta contraria a dicho comportamiento.⁴⁰ En una acepción más amplia, la sanción no es consecuencia jurídica de lo ilícito, pudiendo incluso precederlo. Según esto, todo acto coactivo estatuido por el orden jurídico como "reacción en contra de un estado de cosas indeseable socialmente" tiene el carácter de sanción, por ejemplo: la internación forzosa de enfermos mentales y sospechosos, las expropiaciones y destrucción de construcciones peligrosas, etcétera.⁴¹

Aunque estas especificaciones no resuelven satisfactoriamente las objeciones de Hart, y en este sentido Ross estaría acertado en incluir elementos "metajurídicos", la versión de Kelsen, aunque inconsistente con sus premisas, permitiría resolver en principio los casos descritos. Mientras tanto, Ross se contenta con decir que no se podría hablar en ellos, ni de obligación, ni de sanción, sin indicar dónde colocarlos, y como su tabla de modalidades, aparentemente exhaustiva, no parece tener cabida para ellos, quedarían condenados a una especie de "limbo de la juricidad".

Ambos tratadistas reconocen otras funciones normativas, cuya comparación ameritaría una exposición muy detallada. Por este motivo conviene limitarse aquí a sugerir las líneas generales de las muy notables semejanzas.

La tendencia reduccionista es una característica común en ambas concepciones. Para Ross todas las modalidades (cap. IV-6) son definibles en términos de deber, el cual implica una sanción. Kelsen, por su parte, ha insistido permanentemente en la posición "esencialista" conforme a la cual la sanción, en tanto elemento esencial del derecho, tiene que estar presente en todas y cada una de las normas jurídicas auténticas.⁴²

Con relación a la modalidad de la facultad, correlativa del deber según Ross y caracterizada como el derecho de poner en funcionamiento la maquinaria judicial, baste recordar que en [XX] se habla de "autorización" para iniciar un proceso que lleva a la sanción en el caso de la violación de una obligación.⁴³ La modalidad de la libertad, en la cual una conducta no está ni prohibida ni ordenada, se caracteriza por estar "fuera de la esfera

³⁹ Hart [II], pp. 718 y ss.; en esta línea también Raz [I], pp. 78 y ss., 86 y ss., y Carrío [I].

⁴⁰ Kelsen [XX], pp. 59 y 114 y ss.

⁴¹ *Ibid.*, pp. 41 y ss.

⁴² Para una crítica del esencialismo, véase L. Wittgenstein, párrafos 65-76. Con referencia a la teoría jurídica, Hart ha aplicado estas ideas ([I], p. 234).

⁴³ Kelsen [XX], p. 142.

de las normas jurídicas... ni su realización ni su no-realización da lugar a reacciones jurídicas".⁴⁴ Esta situación corresponde a las conductas que por no ser el contenido de normas jurídicas que las ordenan, prohíben, o las permitan positivamente, estarían, según Kelsen, permitidas de modo negativo. El correlato de esta modalidad, esto es, su equivalencia vista desde la perspectiva de la contraparte, es la no-facultad. El sujeto activo en esta relación no puede exigir la conducta en cuestión o, en términos de Kelsen, tal conducta, permitida de manera negativa, no es el supuesto de ninguna sanción.

Las restantes cuatro modalidades, "lógicamente reducibles" a las primeras, son: la competencia o capacidad para producir "efectos jurídicos, deseados".⁴⁵ Kelsen habla de esta "capacidad para producir efectos jurídicos" como competencia, no cuando son los deseados, sino cuando los efectos no son sanciones atribuidas a la conducta en cuestión, sino creación de normas jurídicas.⁴⁶ El elemento psicológico no aparece y su lugar es ocupado por un elemento jurídico, es decir, contenido en las normas. Como correlativo menciona Ross la sujeción, término de "uso engorroso porque tiene una connotación adversa".⁴⁷ Aun cuando Kelsen no usa este, ni ningún otro término, evidentemente la situación de estar sujeto o gozar de una competencia, está contemplada en su doctrina:

Por último, los correlativos inmunidad e incompetencia ameritan, según Ross, comentarios análogos a libertad y no-facultad y se refieren a la situación de no estar sujeto al poder de alguien, frente a quien se es inmune y no tenerlo por ser incompetente. Estas situaciones no representarían ninguna dificultad dentro de la teoría pura, por lo cual es innecesario mayor comentario.

Todo lo anterior proporciona buenas razones para considerar que las diferencias con el aparato conceptual de Ross son más bien aparentes, ya que ambas teorías dan cuenta de las mismas situaciones jurídicas con diferencias menores. La explicación de la semejanza se encuentra en las observaciones hechas por Mario Losano en el prólogo a su traducción al italiano de [XX]. La doctrina europea, escribe Losano, se ocupó sobre todo del derecho subjetivo, pero en Estados Unidos se intentó sistematizar las situaciones subjetivos que ocurren en la práctica del derecho. El más conocido de los intentos se debió a Hohfeld, y Losano asegura que Kelsen vio atraída su atención a este problema por su permanencia en Norteamérica, aun cuando desarrolló estas ideas dentro de las premisas de su propia teoría.⁴⁸

3.3 Poco puede decirse con relación a la función derogatoria explicada en los últimos artículos de Kelsen, ya que constituyen innovaciones doctrinales de las cuales no hay rastro en la obra de Ross.

⁴⁴ Ross [II], p. 158.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 160.

⁴⁶ Kelsen [XX], pp. 151 y ss.

⁴⁷ Ross [II], p. 161.

⁴⁸ Losano, p. XLIX. Sobre Hohfeld el trabajo más completo en español es el de Oñate, en el cual se apuntan también semejanzas con Kelsen.

4. *Respecto al carácter general e individual de las normas*

4.1 La concordancia más relevante se da en el reconocimiento de la existencia de normas tanto generales como individuales. Recuérdese que Ross sostiene que si bien la norma es una regla, esto es, una directiva en términos generales, hay también normas jurídicas singulares o individuales que forman un todo lógico y sistemático con las reglas generales, por lo cual es natural adscribirles “el mismo carácter normativo que le adscribimos a las reglas generales de las que se derivan”.⁴⁹ Esta última afirmación sería suscrita sin reservas por Kelsen, antiguo defensor de su carácter normativo y de su vinculación sistemática con las normas generales.

4.2 Entre las diferencias que pueden acotarse, la más amplia es, quizás, el hecho de que en su clasificación el filósofo escandinavo se refiere tanto a la individualidad en relación con el sujeto como a la situación. En el caso de los sujetos determinados individualmente la norma sería individual aun cuando comprendiera a muchos sujetos, si éstos quedan especificados como una clase cerrada. Las dirigidas a clases especificadas mediante propiedades, las considera como determinadas en virtud de la situación y, el resto, quedarían como universales por dirigirse a todos absolutamente. Como se vio, en el caso de la situación distingue determinaciones individuales de la misma: normas ocasionales y determinaciones generales: reglas. Las reglas pueden ser hipotéticas o categóricas y de acuerdo con la estructura que le atribuye Ross a las normas jurídicas generales, serían todas ellas hipotéticas.⁵⁰ En este momento es oportuno regresar a una observación previa que apuntaba la ausencia de una distinción en Kelsen entre general y abstracto. Acertadamente hace notar Bobbio que los caracteres tradicionales atribuidos a la ley pueden diferenciarse refiriendo la generalidad a los sujetos y la abstracción al carácter de la acción u omisión prescrita.⁵¹ La consecuencia de la ausencia clara de esta distinción, manifiesta en Ross con relación a los elementos sujeto y situación, hace que las clasificaciones comparadas no coincidan.

4.2.1 En primer lugar la clasificación de [IV] es más amplia por la razón de que Kelsen se concentra en el elemento comportamiento o acción, puesto que las normas no se dirigen al hombre en cuanto tal, sino que se vinculan con el comportamiento humano.

⁴⁹ Ross [IV], p. 100.

⁵⁰ Aunque se advirtió ya que podrían ser reformuladas categóricamente.

⁵¹ Separando los elementos en sujeto activo, sujeto pasivo y objeto o acción prescrita, intenta una compleja clasificación según el carácter universal o individual de cada uno. Llama abstracto al carácter universal de una acción-tipo y concreto al de la acción singular. En cuanto al uso de la palabra norma, prefiere reservarlo a las prescripciones abstractas, que obligan a clases de acciones, siguiendo con ello a Austin. Bobbio [IV], pp. 11 a 30.

4.2.2 En segundo lugar el concepto central de la clasificación kelseniana es el de "determinación previa de la cantidad de acciones u omisiones", mientras que la del profesor danés descansa en la noción de "clase lógicamente cerrada", aplicable independientemente a sujetos y situaciones. Kelsen parece insinuar que el número de acciones es indeterminado cuando no se puede saber de antemano a cuántas se refiere. Para Ross, en cambio, no se trata de una cuestión epistémica sino lógica y aunque no sepamos a cuántas acciones se refiere, una determinación es individual si contiene especificaciones temporales. "Lorenzo debe ir a la iglesia los domingos" es para Kelsen una norma general, mientras que Ross la consideraría una norma individual, en cuanto al sujeto, y ocasional, es decir no general, en cuanto a la situación.

4.2.3 El descuido aparente de Kelsen respecto a los sujetos se explica por la idea que tiene de que si una norma se dirige a una "categoría de hombres", entonces el número de acciones es indeterminado. Esto, sin embargo, no es claro a menos que "categoría" se entienda como clase indeterminada en el mismo sentido de ignorancia numérica, ya que entonces no se podría saber el número de acciones u omisiones a que se refiere. El término "clase cerrada" tiene, en cambio, la ventaja de haber sido definido con mayor precisión.⁵²

4.3 La división propuesta y las diferencias observables entre las dos concepciones suscita algunas reflexiones de carácter global. Aquí, como en muchas discusiones, cabe preguntar por y para qué se introdujeron los conceptos en cuestión. Las versiones finales de Kelsen y de Ross, inspirada esta última en los trabajos de Von Wright,⁵³ parecen obedecer a consideraciones acerca del análisis de los elementos y estructura de la norma; esto es, a problemas de orden lógico y semántico. Sin embargo, en el origen de la distinción se perciben claramente cuestiones de otro orden, como por ejemplo, la posición de las normas en una estructura sistemática, su fuente de origen —legislativa, judicial, administrativa, privada— y, en una palabra, su jerarquía o grado de obligatoriedad.

En realidad esta segunda motivación, vista más de cerca, alude a dos relaciones aparentemente coincidentes. El llamado proceso de "concretización" o "individualización", por el cual se lleva a cabo la especificación de una norma general por una individual, implica que la norma general, de la cual se "deriva" la norma singular, es jerárquicamente superior. Con objeto de distinguir las se llamará "especificación" a la relación de "concretización" o "individualización" que existe entre dos normas.⁵⁴ En esta re-

⁵² Parecería que si una clase de sujetos estuviese determinada previamente de modo que se conociese su número, y el contenido de la obligación fuera una acción única, el número de acciones estaría previamente determinado y no sería, para Kelsen, una norma general.

⁵³ Von Wright [I], pp. 35 y ss., 77 y ss.

⁵⁴ Esta sería una relación vista estáticamente. Desde la perspectiva dinámica Kelsen habla, con cierta ambigüedad, de aplicación.

lación la norma general es la que tiene la posibilidad de ser especificada por otra norma denominada individual y ésta es aquella que individualiza el sujeto o concretiza la situación de la norma general. La relación de superioridad jerárquica se decide con arreglo a la posición de la norma en el sistema, aunque hay una especie más restringida de esta relación en la cual la norma inferior deriva además su validez inmediatamente de la superior.

Estas dos relaciones no siempre coinciden. En efecto, si bien es plausible sostener que toda "especificación" implica la presencia de una norma general superior a la norma individual, no es correcto afirmar que toda superioridad jerárquica inmediata o derivación formal suponga una especificación.⁵⁵ Esto último se verá claramente si se piensa en una situación en la que una norma individual sea superior inmediata de una norma general, por ejemplo, un decreto del Congreso que dijese: "Se autoriza por única vez al presidente promulgar un reglamento sobre el tránsito de vehículos en el D. F." Las dos relaciones en cuestión conciernen a dos problemas diferentes: la posición jerárquica de una norma respecto a otra y los límites posibles del contenido de una sentencia, contrato o resolución, etcétera. Si se acepta que un criterio para calificar a una norma como general o particular es su función en esta relación de "especificación", diciéndose que si una norma (1) especifica una norma (2), entonces (2) es una norma general y (1) una norma individual, la consecuencia será que el carácter de general o individual puede no coincidir con el que se haga a partir del criterio "absoluto".

En el caso citado por Kelsen, conforme al cual "Lorenzo debe ir los domingos a la iglesia" es una norma general según el análisis de su contenido e independientemente de sus relaciones, la aplicación del primer criterio produciría una contradicción introduciendo una circunstancia fácilmente concebible. Si se piensa en la contingencia de que tal norma fuese una sentencia dictada por un tribunal en aplicación de una norma general que sancionara ciertos delitos con esta pena, por el hecho de especificar el contenido de la ley al determinar al individuo acreedor a la sanción, sería una norma individual a pesar de que Kelsen la ofrece como ejemplo de norma general.⁵⁶ Conviene añadir que esta incongruencia no parece aplicable a las definiciones de Ross. En caso de que la definición hiciese compatible y coincidentes ambos criterios habría que considerar todavía los casos "límites" en que no existe una norma general especificable en cuanto a la situación y al individuo, por lo menos en el sentido en que se habla de la relación entre acto genérico y acto individual, en la cual este último es una instancia del primero.⁵⁷ En estas situaciones una norma faculta ampliamente a los jueces a resolver los casos no previstos y las sentencias no pueden ser

⁵⁵ $N_1, R_1, N_2 \rightarrow N_2, R_1, N_1$, pero no la converso.

⁵⁶ Una salida posible es hablar de grados de generalidad a los que aludió Kelsen en [XXVI], p. 1492, pero sin desarrollar la idea a pesar de que Merkl había hecho una sugerencia interesante al respecto (véase Klecatsky *et al.*, vol. II, pp. 1327 y ss.).

⁵⁷ Von Wright [I], p. 35 y Alchourrón y Bulygin [I], pp. 27 y ss. y 35.

vistas estrictamente como "especificaciones" de tal norma. Kelsen aborda esta cuestión y señala que en ella el tribunal obtiene el contenido aplicando una norma general no positiva que justifica materialmente la sentencia, aun cuando con ello se le dé efectos retroactivos a la norma individual ya que se convierte en ilícito un hecho que no lo era antes de entrar en vigor la decisión judicial.⁵⁸

Estas observaciones generales que, más que resolver señalan problemas, no ocultan que a pesar de algunas diferencias en las concepciones, éstas no son, tampoco aquí, muy disímiles. En sus últimas obras se percibe, sin embargo, una gran diferencia en los instrumentos y métodos empleados. Ross recibe la influencia de los planteamientos de la lógica y la filosofía analítica, en particular del empirismo lógico, mientras que Kelsen permanece fiel a una concepción neokantiana de principios de siglo. Así, por ejemplo, en su tratamiento de la relación entre normas generales e individuales y en los criterios usados para distinguirlas, están casi totalmente ausentes las nociones de la lógica y la semántica contemporáneas. En este punto la línea seguida por Ross, que emplea abiertamente las modernas técnicas de análisis, parece indudablemente más prometedora, lo cual no quiere decir que no puedan encontrarse en los escritos de Kelsen, incluso en los más recientes, ideas y sugerencias aprovechables.

Aun cuando podrían explorarse las áreas de la diferencia entre normas morales y jurídicas, así como la de los elementos de estas últimas, respecto a la primera, las diferencias existentes no tienen casi consecuencias en la teoría de Ross y por lo tocante a la segunda, es muy poco lo que puede encontrarse en la teoría pura.

5. Respecto a su concepción del sistema jurídico

5.1 Una primera coincidencia importante es la aceptación creciente de Ross de la posición kelseniana de que el derecho consistía en normas y no únicamente en fenómenos. Con ello se reforzó la posibilidad de hablar de sistema jurídico. Más aún, aceptó también que era un sistema dinámico y no un sistema estático.

A este respecto es oportuno recordar cuáles son, entre otras, las motivaciones de Kelsen al introducir los conceptos de sistema estático de normas (aquéllos en los que no se pueden crear nuevas normas), y sistema dinámico. Insistía con ello en su radical distinción entre derecho y moral, dando cuenta además de ciertos fenómenos del mundo jurídico, en particular de la legislación, pero en general de toda creación de derechos y obligaciones, es decir, de normas jurídicas. Los llamados actos de aplicación —senten-

⁵⁸ En este caso una conducta que no estaba prohibida y por tanto estaba permitida, conforme a la definición kelseniana, se contempla como ilícita. Es útil mencionar también aquí que las sentencias absolutorias "especificarían" también de manera curiosa el contenido de una norma general o de todo el orden jurídico. Véase Kelsen [XX], pp. 247 y ss. Las ideas de Ross son semejantes. Véase [II], p. 97.

cias, contratos, etcétera— eran considerados simultáneamente como actos de creación de nuevas normas. En esta concepción uniforme, solamente el acto creador de la norma básica y el acto aplicador de la sanción coactiva no eran al mismo tiempo actos de creación y de aplicación. En esta visión, el término “aplicación” ensanchaba su sentido tradicional en el que una sentencia era aplicación de la ley, para incluir la creación de una ley como “aplicación” de las normas procesales constitucionales. En relación con el primer sentido, el propósito de la teoría pura era rechazar la idea de que la creación de las normas inferiores o individuales fuese un acto intelectual y no un acto de voluntad, esto es, rechazar la concepción de *iusnaturalismo* racionalista según el cual la obtención de las soluciones a los casos individuales era cuestión de una mera deducción lógica.

Al no compartir estos propósitos, las razones para mantener los dos conceptos se debilitan. Una prueba de ello es que dentro de una perspectiva menos convencida de la tajante separación entre derecho y moral, se ha señalado que no es del todo absurdo hablar de la creación o extinción de deberes morales mediante actos de voluntad de grupos o personas. En esa misma perspectiva se sostiene que hay un sentido en que puede hablarse de “legislatura moral”, en ciertos casos en que al crear normas jurídicas el órgano legislativo crea obligaciones morales.⁵⁹ En la medida en que Ross no comparta estos objetivos —como no lo hace, al menos no tan enfáticamente, en el caso de distinguir derecho y moral— la necesidad de tal distinción tiene un menor peso en su teoría, lo cual se revela en las pocas páginas que dedica a la cuestión.

Antes de continuar con el análisis comparativo de la noción de sistema hay que dejar constancia de que el criterio para juzgar la concepción kelseniana del sistema jurídico debe tener presente que, como afirma Golding, no hay sentido privilegiado del término “sistema”, sino que hay que concentrarse en los más fructíferos para la comprensión y descripción de los fenómenos jurídicos. Por esta razón habrá que rechazar un concepto que distorsione los fenómenos que queremos entender. El mismo autor, al hacer un recuento de los aspectos positivos y negativos de la concepción kelseniana del sistema, reconoce su gran fertilidad e influencia.⁶⁰ Ésta no se limita a los miembros de la Escuela de Viena ni a los seguidores más o menos ortodoxos de la teoría pura; se extiende más allá y en mayor medida de la advertida en Ross, ya que como escribe Raz, Kelsen fue el primero en insistir en que “es imposible captar la naturaleza del derecho si limitamos nuestra atención a una sola regla aislada”.⁶¹

5.2 El concepto clave para entender la noción kelseniana de sistema jurídico es, sin duda, el de validez. En efecto, un mero agregado de normas no constituirá un sistema; se requiere que los elementos del sistema

⁵⁹ Ven Johnson, pp. 321, 324 y ss.

⁶⁰ Golding, p. 70.

⁶¹ Raz [I], p. 2. El texto citado de Kelsen proviene de [XIII] p. 3 y en su traducción nos apartamos de García Máynez, quien vierte indistintamente *rule* y *norm* como “norma”.

tengan alguna estructura, esto es, que se encuentren en una cierta relación entre sí. Para la teoría pura esta relación es precisamente la designada como "validez" o "fundamento de validez". Dado que es un postulado el que el fundamento de una norma tiene que ser otra norma, la relación se da entre dos normas.⁶² En esta relación se da también una relación jerárquica o de superioridad que exige que las normas en cuestión pertenezcan a distinto nivel; así, si N_1 fundamenta la validez de N_2 , entonces N_1 es superior a N_2 . Esto excluye la posibilidad de que una norma inferior fundamente a una norma superior. Aquí se supone, empero, que este es el único criterio para establecer las diferencias de rango y de hecho es el único considerado por Kelsen. Ya Merkl había advertido que tales diferencias de nivel pedían, sin embargo, establecerse mediante otro criterio relativo a sus efectos jurídicos, por ejemplo, la fuerza derogatoria de las normas. Este criterio satisface los requisitos de la "pureza metódica" aunque sus resultados no coinciden necesariamente con los obtenidos al aplicar el criterio kelseniano.⁶³

Aunque, como se vio, la coincidencia de la relación de fundamentación con la de supra-subordinación abre otras interpretaciones, conviene ahora proseguir dentro de los supuestos kelsenianos y especificar tal relación. Se sabe, de antemano, que no es una relación lógica deductiva en el sentido en que el contenido de la norma fundada no se deduce de la norma fundante.⁶⁴ Golding ha sugerido que existen dos maneras en que esta relación se constituye: a) la norma superior es una norma general bajo la cual la norma inferior se "subsume" y b) la norma superior delega autoridad a ciertos individuos para crear las normas inferiores.⁶⁵

Esta interpretación de Kelsen parece atractiva e incluso emplea el mismo término que se encuentra más tarde en Kelsen: subsunción. De algún modo Golding acusa a Kelsen de oscurecer esta distinción al hablar sólo de que la norma superior fundamenta a la inferior y de que la inferior constituye una aplicación de lo superior, e incluso insinúa que sólo la segunda relación —cuando la norma superior autoriza la creación de la inferior— es dinámica. Olvida Golding que para Kelsen en ningún caso se está frente a una relación estática en el sentido de poder deducir el contenido de la norma inferior a partir de la superior, ello a pesar de que a la relación de subsunción la llame una "relación lógica". Hay que recordar que el punto de partida del jefe de la Escuela de Viena es la distinción entre *forma* de creación y *contenido* de la norma creada. La norma superior puede determinar únicamente la forma de creación de la norma inferior, en

⁶² Por lo menos, aunque de hecho son más.

⁶³ Véase Merkl, y Walter [I], pp. 53 y ss., quien desarrolla las ideas infortunadamente poco conocidas de Merkl. En una perspectiva inspirada en Hart, Raz analiza también las posibles relaciones estructurales que pueden darse entre las normas de un sistema en [I], pp. 140 y ss.

⁶⁴ Las consecuencias lógicas del contenido de una norma serían simples "explicitaciones" de la misma. Esto haciendo abstracción del problema de las múltiples interpretaciones a que está abierta una norma.

⁶⁵ Golding, p. 92.

cuyo caso se supone que no hay limitación del contenido que pueda tener la norma inferior. La determinación puede, también, incluir el contenido de la norma inferior, pero nunca será tal que esta norma se deduzca lógicamente del contenido de la norma superior —en cuyo caso no podría hablarse de dos normas—, existiendo siempre una determinación discrecional por parte del órgano aplicador de la norma superior al crear la norma inferior. Lo que ocurre es que, dada esta caracterización de la relación, el aspecto básico es la determinación del proceso de creación de la norma inferior, ya que es condición necesaria y suficiente para fundamentar la validez.⁶⁶

En relación con la determinación que la norma superior hace de la norma inferior no debe olvidarse que para Kelsen en el caso de los órganos de última instancia cuya decisión no puede ser revocada, las normas individuales creadas por ellos son válidas aun cuando su “contenido no corresponda” con la norma general que está aplicando. En los órganos restantes también existe la facultad alternativa, según Kelsen, de decidir conforme lo determina previamente la norma general o de no hacerlo, con la diferencia de que la validez de tales resoluciones es provisional.⁶⁷ Algo semejante sucede con las reglas constitucionales relativas al procedimiento para crear leyes y a su contenido, puesto que la infracción de las mismas produce normas válidas susceptibles de ser declaradas “inconstitucionales”, es decir, inválidas —sea con efectos generales o sólo para el caso concreto—, o normas válidas que ya no pueden ser declaradas inconstitucionales, alternativa que depende de la conformación positiva del sistema en cuestión. En todos estos casos habla Kelsen de “determinación alternativa”, introducida para reflejar correctamente la situación jurídica.⁶⁸ Estos serían los límites, muy amplios por cierto, del control que se supone ejercen las normas superiores con relación a las inferiores. Esta concepción, la cual aunque no se encuentra expresamente en Ross parece congruente con su teoría, se aproxima peligrosamente a la de que el derecho sería, en última instancia, lo que declaran y ejecutan los tribunales.⁶⁹

El tratamiento kelseniano parece dirigido, en primer término, a resolver la cuestión de la pertenencia a un sistema y para ello la relación de “delegación” sería suficiente. En última instancia todas las normas del sistema han sido creadas conforme a la norma básica del orden jurídico en cuestión.⁷⁰ Sin embargo, esta relación fundamenta igualmente la obligatoriedad, el deber ser de una norma. Esta “validación”, lo han advertido varios críticos, es en algún sentido una justificación aun cuando no absoluta ya que el principio mismo, esto es, la norma básica, no estaría justificado.⁷¹ Cuan-

⁶⁶ Esta idea ha sido precisada por Von Wright [I], pp. 19 y ss.; el mismo autor ha señalado los problemas relativos a la relación entre existencia y validez [II], pp. 83 y ss.

⁶⁷ Kelsen [XX], p. 273.

⁶⁸ Kelsen [XX], pp. 277 y ss.

⁶⁹ Gray, *The Nature and Sources of the Law*. Véase en contra Kelsen [XIII], pp. 150 y ss.

⁷⁰ *Ibid.*, pp. 132 y ss.

⁷¹ Para una posición semejante en el análisis de la moral, véase Feigl, “Validation and Vindication”, en W. Sellars y J. Hospers, *Readings in Ethical Theory*, Nueva York,

do Kelsen plantea la pregunta de "¿por qué debo obedecer esta norma?" y ofrece como respuesta la existencia de una norma superior, la razón para comportarse conforme a lo prescrito por la norma es más fuerte si de alguna manera el contenido mismo está determinado o sujeto a ciertos límites. La fundamentación puramente formal, adicionada con la facultad alternativa que se describió más arriba, parece traspasar el límite entre la racionalidad y la arbitrariedad.

Esta cuestión conduce a un problema que podría ser desarrollado y que tendría consecuencias para la teoría pura. Supóngase que, como es frecuente, una sentencia, o incluso una ley, tiene su fundamento formal en una disposición, aun cuando la determinación de su contenido se encuentra en otra u otras disposiciones del orden jurídico. En este caso la relación de "fundamentación de validez" se complica considerablemente haciendo difícil el señalamiento expreso de las normas que intervienen en la relación. En el caso de que el "juez funge como legislador" Kelsen se ve en la necesidad de decir que el juez supone una norma justa y general de la cual extrae el contenido de la sentencia para justificarla,⁷² y en el caso de las "determinaciones alternativas" no tiene más remedio que postular que la norma positiva constitucional que regula la legislación tiene como verdadero "sentido" el facultamiento de otro proceso alternativo determinable libremente por el órgano legislativo.⁷³ La relación de fundamentación existe en todos los casos en que una norma es creada por un órgano y mientras ésta no ha sido anulada. La noción de fundamentación se amplía hasta tornarse casi inútil.

Hay una diferencia importante entre la tesis de ambos filósofos y ésta es respecto a la clase de relación en que consiste la validez. En la medida en que coinciden en que la validez de una norma depende de su relación con otras, le es aplicable a Ross lo dicho para Kelsen, empero existe una divergencia expresa en este punto.

Al plantear la antigua cuestión de la relación entre ley y sentencia, Ross enfatiza que no se trata de una deducción lógica, insinuando incluso que es más bien una "racionalización".⁷⁴ En otro lugar, sin embargo, advierte expresamente que "cuando consideramos que una norma ha sido válidamente establecida por un acto de creación de cierta autoridad, nuestro razonamiento es una inferencia de la forma $((p \rightarrow q) \& p) \rightarrow q$ ",⁷⁵ la cual corresponde a la estructura lógica tradicional del *modus ponens*. Hasta aquí, parecía que Ross limitaba la aplicación de la lógica a los enunciados acerca de normas, con lo cual no discreparía de su maestro, pero en la nota

1952. Los autores que hablan de "justificación" en el caso de Kelsen son Golding, p. 92 y Raz [I], pp. 128 y ss. y [II]. En un sentido diferente Alchourrón y Bulygin [I], pp. 168 y ss. dicen que la "justificación normativa" tiene una estructura lógica análoga a la de la explicación causal, es decir, conforme a un esquema deductivo.

⁷² Kelsen [XX], pp. 249 y ss.

⁷³ *Ibid.*, p. 277.

⁷⁴ Ross [II], pp. 43 y ss.; párrafos XXVIII y XXXI.

⁷⁵ Ross [III], p. 53.

del mismo texto dice que “a pesar de las expresiones indicativas utilizadas, esta inferencia es realmente una inferencia directiva (deóntica)”, en la cual la primera premisa y la conclusión son normas.⁷⁶ Esta doctrina es la que sostiene, además, en su obra [IV], que defiende la aplicación de la lógica a las normas.

Por su parte, la última exposición de Kelsen se aparta de *La teoría pura* de 1960 en que se aceptaba la aplicación indirecta de la lógica a las normas jurídicas,⁷⁷ cuestionándose en ella seriamente la posibilidad de tal aplicación.⁷⁸ Esta nueva tesis repercute sobre la fundamentación de la validez, ya que se acepta que si una norma individualizada no “corresponde” a la norma general —como en su ejemplo, “el ladrón Rodríguez debe ser puesto en la cárcel” corresponde a “todos los ladrones deben ser puestos en la cárcel”—, no puede fundamentar su validez en ella. Sin embargo, aun en el caso en que sí corresponda y que por tanto la norma individual fundamenta su validez en la norma general, “la validez de la norma individual... no se sigue lógicamente de la validez de la norma general”.⁷⁹ Una deducción lógica, “un silogismo” dice Kelsen, se da entre los enunciados acerca de la validez de las normas, entre los cuales habría una fundamentación lógica, un silogismo teórico y no normativo.⁸⁰ Entre la norma general y la individual existe la relación lógica llamada subsunción, pero la constatación judicial no es sólo esta subsunción, sino que tiene un carácter jurídico constitutivo.⁸¹

Lo anterior significa que hay consenso en aceptar la aplicación de los principios de la lógica a los razonamientos acerca del derecho positivo, pero no parece haberlo en cuanto a la aplicación de los mismos en relación con las propias normas jurídicas. Infortunadamente Kelsen no pudo terminar sus escritos sobre esta materia y la caracterización de la relación de “subsunción” nunca fue precisada más allá de señalar su analogía con la relación semántica entre un objeto y la clase a la que pertenece. La discrepancia, empero, no afecta las semejanzas fundamentales entre ambos jusfilósofos, aunque la concepción de Ross al respecto no sea tan detallada. Esta discrepancia conduce, por lo demás, a problemas más extensos como los de la viabilidad, aplicación y utilidad de la lógica deóntica, que rebasan los marcos de una teoría general del derecho.

5.3 En la exposición de ambos teóricos se mostró la evolución de sus ideas con respecto a la noción de sistema jurídico. En el caso particular de Ross esta evolución lo condujo a aceptar la existencia de una norma básica indispensable para resolver ciertos problemas que se le planteaban a

⁷⁶ *Ibid.*, p. 54, n. 5.

⁷⁷ Véanse los comentarios de Mario Losano y la traducción al italiano de *La teoría pura*, pp. LI y ss.

⁷⁸ Kelsen [XXVI].

⁷⁹ *Ibid.*, pp. 1488 y ss.

⁸⁰ *Ibid.*, pp. 1491 y ss.

⁸¹ *Ibid.*, pp. 1492 y ss.

su teoría. Tal aceptación no significa, empero, una coincidencia cabal entre las dos teorías, por lo que el planteamiento de las semejanzas y diferencias más notables facilitará una conclusión balanceada acerca de la distancia entre ambas.

Una caracterización detallada de la norma básica ameritaría un estudio especial, pero puede hacerse al menos un intento de indicar las notas más relevantes que le adscribe la teoría pura y confrontarlas con las enlistadas en la exposición de Ross.⁸²

No es ocioso iniciar tal caracterización recordando que el concepto de norma básica aparece en una teoría que contiene muchos otros conceptos, por ejemplo, deber ser, norma, sistema jurídico, validez, para no citar sino a los más relevantes. Además, esta teoría pretende ser una mejor alternativa de otras teorías existentes.⁸³ A la luz de estas ideas conviene apuntar por qué razón se introdujo el concepto norma básica en la teoría pura y de qué manera es caracterizado, suponiendo que sus propiedades definitorias son tales que le permiten realizar las funciones teóricas que se esperan de él.

La norma básica pretende resolver cuestiones estrictamente teórico-jurídicas como la identificación de las normas pertenecientes a un sistema y otras más filosóficas, como la fundamentación de la validez de un orden jurídico dentro de un modelo alternativo al derecho natural y la unificación de objeto de conocimiento y su creación. La función teórico-jurídica conduce a la formulación de una regla de acuerdo con la cual se crean todas las normas de un sistema jurídico. En ese orden de ideas la definición kelseniana del derecho como orden coactivo de la conducta le impone la inclusión de tal definición en la norma básica. La norma básica prescribe cierta forma y un contenido determinado y por ello las obligaciones sin sanción promulgadas por el legislador son material jurídicamente irrelevantes.⁸⁴

La función validadora exige que "confiera poderes jurídicos al primer legislador", pero para ser una alternativa a la doctrina jusnaturalista tendrá que tratarse de una norma con características específicas. Es claro que ninguna norma de derecho positivo cumple necesariamente con las funciones de identificación, como lo apunta el propio Kelsen al considerar el caso en que la costumbre es fuente suprema del derecho.⁸⁵ Pero al no querer caer en el jusnaturalismo tradicional se habla de una norma supuesta dotada de una validez igualmente supuesta. La suposición no puede, empero, ser arbitraria y Kelsen la quiere localizar en el pensamiento de los juristas, recordando quizá las categorías que Kant "dedujera" del pensamiento científico (aunque finalmente fuese más bien una "ficción"). Un grado

⁸² Para la caracterización de la norma básica kelseniana se han tomado en cuenta, muy particularmente, una conferencia dictada en la Facultad de Derecho de la UNAM, por el profesor Eugenio Bulygin con el título "Fundamento del orden jurídico", así como Raz [I] y [II] y Vernengo [II].

⁸³ Se sabe ya que no son teorías científicas, sino filosóficas.

⁸⁴ Kelsen [XX], pp. 51 y ss.

⁸⁵ Ver Raz [II], p. 95.

mayor de objetividad se logra haciendo depender su formulación de la existencia de un orden coactivo y eficaz. Con lo cual, como lo hacen notar los críticos, la función identificadora resulta casi anulada.

Su función epistemológica se redujo cuando de condición de posibilidad del conocimiento del fenómeno jurídico, la norma básica se limitó a ser "la razón de validez" del orden jurídico,⁸⁶ pero esta modificación del último Kelsen no fue desarrollada por lo que se mantuvo la tesis de que esta norma garantizaba la unidad y no-contradicción del pensamiento jurídico, es decir, de la ciencia jurídica. En este sentido sólo podría haber un sistema jurídico y una norma fundamental.

Teniendo a la vista las funciones y características de la norma básica kelseniana, parecería que Ross la introduce para resolver un problema constitucional específico y que por ello difieren en gran medida ambas doctrinas. Una mayor reflexión sobre el origen del problema constitucional analizado por Ross, enseña que sus conceptos de autoridad suprema y norma básica plantean un problema de tipo general y no limitado al caso de un poder revisor establecido en artículos como el 88 de la Constitución danesa. En realidad todo sistema jurídico se vería confrontado, conforme a las definiciones de Ross, con la pregunta ¿qué significa que las normas últimas de un sistema no son creadas por ninguna autoridad jurídica?, ¿de dónde deriva la competencia de la autoridad suprema?

La respuesta de la teoría realista tiene pocas diferencias con la de la teoría pura. Ciertamente no aparecen en la primera las exigencias de unidad y no-contradicción del sistema (aunque sí la de "coherencia de significado") y Ross no cae en la distorsión de afirmar que existe sólo un sistema jurídico. Tampoco usa el criterio de análisis del pensamiento jurídico, rechazándolo expresamente como "guía digna de confianza para el análisis lógico",⁸⁷ pero sí acepta que es una condición para la inteligibilidad de cierta situación jurídica. La función validatoria es recogida rechazando el concepto de validez kelseniano sin que el propio resulte más claro. En resumen, tampoco en este punto hay una marcada originalidad o diferencia en el pensamiento de Ross.

La teoría kelseniana de la norma básica, como toda la teoría pura, ha sido objeto de incontables críticas, la mayor parte de las cuales, provenientes de posiciones jusnaturalistas, son infundadas.⁸⁸ Sin embargo, se puede localizar una fuente de inquietud constante entre quienes han analizado esta cuestión con mayor rigor y menor pasión. Como se indicó anteriormente, la norma básica quiere resolver los problemas: 1) de la definición del concepto del derecho; 2) de la identidad y unidad del sistema jurídico; 3) de las fuentes formales del derecho; 4) de la normatividad del orden jurídico; 5) de su validez y su obligatoriedad, y 6) del fundamento epistemológico de la ciencia jurídica. Ante este panorama la norma básica se introdujo

⁸⁶ Kelsen [XXXI], pp. 70 y ss.; véase también Pérez Carrillo.

⁸⁷ Ross [IV], p. 29.

⁸⁸ Para una revisión somera de tales críticas, tanto a la teoría pura como a la norma básica, puede verse Ehrenzweig, pp. 53 y ss.

para cumplir funciones de norma, de definición e incluso de categoría epistemológica. La consecuencia obligada es una construcción híbrida que acaba por no cumplir bien ninguna de sus funciones.⁸⁹

Muchas de las críticas y problemas que se le han planteado a la teoría de la norma básica en su versión kelseniana pueden extenderse y de hecho se han extendido a la versión de Ross. Expresamente ha escrito Raz que Ross dice poco sobre su norma básica, la cual "plantea más problemas que los que resuelve" y que después de los problemas y confusiones de la versión kelseniana no puede esperarse una explicación satisfactoria de ese concepto.⁹⁰ A pesar de los esfuerzos de Ross por construir un concepto alternativo de norma básica sin partir de los supuestos filosóficos de Kelsen, su resultado no ha sido más satisfactorio.

⁸⁹ En estas condiciones los intentos por resolver los problemas y, en consecuencia, aclarar el carácter de tal "norma" consistieron en separar y distinguir. Una línea, inaugurada por un miembro de la Escuela de Viena, Félix Kaufmann, advirtió que el único significado de la pretendida fundamentación de validez era el de "elegir la temática", por lo que la norma básica realizaba más bien la función de una definición lógico-formal. Véase F. Kaufmann [II], pp. 390 y ss. Esta misma línea se desarrolló de modo más claro y riguroso en la obra de Alchourrón y Bulygin [I], con la introducción de una definición recursiva para resolver el problema de criterio de identificación del material jurídico que integra un sistema. El problema del fundamento de la validez es afrontado, en términos muy generales, por von Wright [I] y [II], quien concluye que la norma básica no deja de ser una "ficción lógica". Una solución respecto a los problemas de identidad y unidad se encuentra en Raz [I] y [IV], quien desarrolla la tesis de Hart para resolver además el problema de la normatividad.

⁹⁰ Raz [III], p. 417. Véanse también las críticas a la norma básica de Ross en Hörster.

VI. DIFERENCIAS EN CUANTO A LA TAREA

La comparación de ambas teorías se facilita si se recurre a la distinción ya apuntada en la exposición, entre la ciencia jurídica propiamente dicha y la teoría general o filosofía del derecho.

1.1 Recapitulando lo dicho anteriormente con relación a la ciencia del derecho se observará que la función primordial que le atribuía Kelsen era la de "representar" o, como escribió en su etapa de Norteamérica, "describir" los órdenes jurídicos particulares e históricos (nacionales e internacionales). Como parte de esa labor el jurista establecerá los posibles significados de las normas jurídicas, toda vez que se rechaza la tesis de que existe una y sólo una interpretación correcta de las mismas. Esta descripción del derecho positivo, que incluye la interpretación de sus normas¹ no se lleva a cabo de cualquier manera y Kelsen señala, como es común entre los juristas doctrinarios, que tal descripción ha de ser "sistemática". Se sugiere entonces que la descripción de un orden jurídico positivo, o parte de él, sea hecha en un conjunto de enunciados que se encuentran sistematizados, que formen un sistema y no un simple agregado. Esto haría posible el conocimiento del derecho y facilitaría su aplicación. Infortunadamente Kelsen y con él la mayoría de filósofos y teóricos del derecho, no coinciden ni son muy explícitos en aclarar lo que entienden por "describir" y menos por "sistematizar".²

Kelsen acepta otras formas de conocimiento científico del derecho tales como inquirir por las causas políticas y económicas del contenido de un orden jurídico determinado. Se puede también comparar los contenidos de los órdenes jurídicos con objeto de adquirir ciertos "tipos jurídicos".³ Lo anterior equivale a un reconocimiento implícito de la posibilidad de una sociología jurídica y de una ciencia del derecho comparado, distinguibles en la medida en que la primera requiere un método causal que no se utiliza en la segunda. En este sentido se infiere que la ciencia jurídica en forma estricta o dogmática está en el mismo nivel metodológico que la ciencia del derecho comparado y que no se ocupa para nada de las relaciones causales entre el derecho y la sociedad.

De las funciones comúnmente atribuidas a las ciencias —describir, explicar y predecir—, la dogmática jurídica parece limitarse a la descripción sistemática. La explicación pertenece al mundo de las ciencias causales, mientras que la ciencia jurídica es una ciencia del espíritu que no utiliza la

¹ Recordar que la diferencia entre describir e interpretar es gradual.

² Alchourrón y Bulygin [I], p. 67.

³ Kelsen [XVII], p. 611.

categoría de la causalidad.⁴ Respecto a la predicción, relevante en la comparación con Ross, algunos pasajes revelan la postura del creador de la teoría pura. En primer término la predictibilidad se confina al ámbito de las decisiones jurídicas de los tribunales, ya que no se plantea respecto a la creación de futuras normas generales. En segundo lugar es calificada como exigencia político-jurídica vinculada con la seguridad jurídica. Como sólo pueden aplicarse las normas generales elaboradas por la legislación y por la costumbre, los ciudadanos pueden, más o menos, predecir las consecuencias jurídicas de su conducta. Empero, esto último sólo es factible hasta cierto grado, dado que las normas generales no predeterminan totalmente a las normas individuales y a que son susceptibles de varias interpretaciones. Si se añade la tesis última respecto a las “determinaciones alternativas”, es claro que la predictibilidad es decididamente reducida.⁵

La determinación positiva de las tareas de la dogmática implica el rechazo decidido de otras actividades que los juristas han llevado a cabo tradicionalmente y que van más allá de la simple descripción. Las tareas críticas de señalar los defectos del orden jurídico y las creativas de proponer soluciones para tales defectos, caen para Kelsen fuera del campo científico para incorporarse a la política y a la moral.

1.2 Las ideas de Ross respecto a la ciencia del derecho no son muy diferentes de las de Kelsen. Si bien distingue dos ramas principales del estudio del derecho —la ciencia del derecho y la sociología jurídica—, al subdividir la primera habla de una dogmática jurídica o ciencia del derecho en sentido estricto, de una historia del derecho y de una ciencia del derecho comparado. La primera de ellas corresponde muy bien a la disciplina especificada en la teoría pura, ya que su tarea básica es “descubrir el contenido de las normas jurídicas vigentes” y exponerlo “como un sistema integrado”.⁶ Tampoco se precisa aquí, sin embargo, en qué consistiría la sistematización, dejando al lector con una idea intuitiva de sistema.⁷

Al deslindar la dogmática jurídica de las otras ramas de la ciencia del derecho y de la sociología jurídica, emplea criterios más precisos que los que pudieran encontrarse en la teoría pura cuando ésta se refiere a tales disciplinas. En estas formulaciones no se recurre a categorías como ser y deber ser, todas serían estrictamente hablando ciencias empíricas en estrecha interconexión. La propia dogmática jurídica, aunque se ocupa de ideas normativas lo hace bajo el supuesto de que están vigentes, supuesto que sólo la sociología jurídica puede verificar. Dogmática y sociología jurídicas son inseparables en tanto el derecho consiste en ideas normativas y fenómenos en acción. La política jurídica es, a su vez, reducida a una rama de la

⁴ Kelsen [XX], p. 161.

⁵ Kelsen [XXVIII], pp. 951 y ss.

⁶ Ross [II], pp. 19 y ss.

⁷ *Ibid.*, p. 197, donde dice que el orden y conexión con que se presenta el material “están dispuestos según un plan definido”.

sociología jurídica: la sociología jurídica aplicada.⁸ Estas diferencias con Kelsen obedecen a los principios filosóficos de carácter empirista que niegan la existencia de ciencias normativas, pero el alcance de esta tesis es, como se vio anteriormente, muy reducido. La dogmática de Ross es una ciencia que describe normas y no únicamente hechos.

Igualmente rechaza Ross que tal ciencia postule o exprese normas. La tarea de proponer normas jurídicas corresponde a la política jurídica que no es sino sociología jurídica aplicada. En este ámbito el límite de la racionalidad son los fines o valores últimos que se encuentran fuera del ámbito del conocimiento científico.⁹ La ciencia sólo informa entonces de las condiciones existentes, de las posibles consecuencias de una decisión y de las técnicas adecuadas para lograr los fines deseados. Este panorama no se aparta mucho de las convicciones fundamentales de Kelsen, a quien se reconoce como un defensor infatigable de la separación entre ciencia y política.¹⁰ Sin embargo, aunque reconoce que las directivas de la política jurídica no son afirmaciones científicas sino "consejos o recomendaciones" no va tan lejos como Kelsen cuando cree en la posibilidad de una ciencia "pura", libre de todo pragmatismo, de toda decisión valorativa y de toda actitud emocional. Con "incomodidad" se opone a la tesis kelseniana, a la cual considera verdadera para la ciencia como idea pero no como profesión. La eliminación de todo pragmatismo, por ejemplo en la interpretación, y de las restantes impurezas, es imposible en la práctica, aunque el límite ideal entre ciencia y política se mantenga claro.¹¹ Esta actitud es, en principio, más abierta que la kelseniana, pero no es del todo claro que represente mucho más que la introducción de la distinción entre la práctica y la teoría, lo que es la ciencia y lo que debería ser idealmente. El modelo de ciencia de Kelsen no es cuestionado en sus tesis básicas.

En un punto pareciera existir una diferencia importante entre las teorías en cuestión y es el de la tarea predictiva. Este objetivo no lo asigna Ross, sin embargo, directamente a la ciencia jurídica estricta o dogmática. Más bien pareciera que, con ayuda de la sociología jurídica, esto es, con el conocimiento de los fenómenos en acción, se podrían "predecir las decisiones jurídicas".¹² Tales predicciones son, por otra parte, consecuencias inevitables de la formulación de enunciados que afirman la vigencia de una norma jurídica, ya que éstos tienen como "contenido real" una predicción acerca de los tribunales. Decir que una norma N está vigente equivale a decir que si se dan en el futuro las condiciones de su aplicación, los jueces resolverán en el sentido que ella dispone. Claro está que esta predicción no puede aspirar sino a una "certeza considerable" y nunca a una "certeza absoluta".¹³ Además, estas predicciones, como casi todas las predicciones en cien-

⁸ Ross [II], p. 24.

⁹ *Ibid.*, pp. 24 y 45 y ss.

¹⁰ *Ibid.*, pp. 308 y ss.

¹¹ *Ibid.*, pp. 327 y ss.

¹² *Ibid.*, p. 20.

¹³ *Ibid.*, pp. 41 y ss.

cias sociales, tienen un efecto sobre los propios acontecimientos futuros y son por tanto un acto político. En este punto la ciencia jurídica es inseparable de la política jurídica.¹⁴

Conviene destacar que las predicciones se limitan a la creación de normas jurídicas individuales, en especial, a las sentencias judiciales, punto en el que hay una coincidencia con Kelsen. Igual concordancia se nota en los límites que ambos conceden a las predicciones. En el fondo, la común aceptación de la función predictiva no deriva en ningún caso de la utilización de un modelo de ciencia explicativo que utilice leyes generales, sino que se deriva del hecho de que tal función puede llevarla a cabo quien conoce las normas jurídicas vigentes, esto es, quien sabe el contenido semántico de las interpretaciones usadas por los tribunales, dado que se presupone en ambas teorías que la existencia (o vigencia) de las normas implica la eficacia general del sistema jurídico al que pertenecen. Dado este presupuesto no hay, en principio, dificultad en inferir las probabilidades de una decisión jurídica futura, a partir del conocimiento de las normas vigentes. Tampoco puede negarse que esta tarea, además de proporcionar información sobre el futuro, representa no sólo una manifestación de control racional sobre él sino que es, como dice Kelsen, el cumplimiento de una exigencia de la seguridad jurídica. Además de ser una posibilidad teórica es considerada como un valor.

Queda entonces la duda de si Ross añadió una nueva dimensión a la ciencia jurídica o sólo explicitó la conclusión de que una disciplina que se ocupa del derecho positivo vigente, inevitablemente informa, en alguna medida, sobre el futuro comportamiento de los tribunales.¹⁵ Aun siendo verdadero esto último, el enfoque de Ross por su carácter empírico y realista es más abierto a la posibilidad de una relación entre la ciencia jurídica y la sociología del derecho.

Además de las semejanzas y diferencias, puede decirse que ambas teorías se enfrentan a cuestiones comunes que no resuelven satisfactoriamente. La primera de ella es la relativa a la "sistematización" que lleva a cabo la ciencia jurídica. Ninguno de los modelos ofrece una explicación de cómo se haría, ni cuáles son sus límites. En una obra reciente, los profesores Alchourrón y Bulygin presentan una caracterización detallada de lo que podría ser una sistematización entendiéndola como la construcción de un sistema axiomático. Incluso señalan que los dogmáticos pueden hacer una "reformulación" de las normas que estudian a condición de conservar las mismas consecuencias jurídicas del material original sobre el que trabajaron. En otras palabras, no se señalarán defectos ni se harán sugerencias o modificaciones, para mejorar el sistema jurídico.¹⁶ Sin embargo, esta tarea, como lo reconocen los autores en cuestión, está muy lejos de lograr la sistematización de un orden jurídico nacional, tarea que parece prácticamen-

¹⁴ *Ibid.*, p. 48.

¹⁵ Se habla del estudio dogmático de un sistema jurídico positivo vigente, ya que podría estudiarse el derecho romano sin que ello implicara ninguna predicción.

¹⁶ Alchourrón y Bulygin [I], cap. V.

te imposible. De este hecho se sigue que la tarea de "describir" un sistema jurídico, aun sin aludir a sus normas individualizadas, es una tarea impracticable. Estos objetivos son alcanzables cuando se trata de grupos más o menos reducidos de normas jurídicas.

Estos problemas prácticos llevan a que uno se pregunte si esta es la tarea de la ciencia del derecho. La doctrina tradicional mantenía la creencia de que la dogmática jurídica no tenía una función ni crítica ni creadora, y este modelo es el que subyace en las teorías positivistas que se comentan. En este punto, los críticos han señalado que tal modelo se parece poco a la actividad que de hecho realizan los juristas y que, además, las ventajas que ofrecería un esquema semejante distan mucho de ser claras.¹⁷ Al elaborar la teoría pura, Kelsen ha racionalizado las bases ideológicas de la dogmática jurídica, dice Carrió.¹⁸ Esta afirmación puede extenderse a Ross casi exactamente con el mismo alcance, sosteniendo que intenta reconstruir racionalmente las tesis y presupuestos implícitos en la dogmática jurídica tradicional. Aunque Ross advierte que la mayoría de los juristas no se limitan ya a describir el derecho vigente, sino que pretenden influir en las decisiones jurídicas futuras, mantiene la tesis de que tales afirmaciones son directivas y no transmiten conocimientos.¹⁹

2.1 Aunque la distinción entre teoría general del derecho y dogmática jurídica no es mantenida siempre con claridad en la obra de Kelsen, se sabe que es aceptada, por lo cual puede usarse en la confrontación. Dados los resultados anteriores, la atención se dirigirá ahora a las tareas de la teoría general.

2.1.1 Haciendo a un lado provisionalmente la cuestión metódica de si los conceptos jurídicos fundamentales son descubiertos, construidos o inventados, existe la convicción entre los tratadistas de que su formulación definitiva corresponde a la teoría general del derecho y no a las disciplinas jurídicas particulares. Es relativamente claro que cualquier doctrina acerca de tales conceptos supone, además de una teoría acerca de lo que son los conceptos, ciertas tesis respecto a lo que se entiende por "jurídico" y por "fundamental". Desgraciadamente en este punto, como en muchos otros, Kelsen no explicita las concepciones filosóficas que presiden sus tareas teórico jurídicas.²⁰ A partir de los textos del jefe de la Escuela de Viena

¹⁷ C. S. Nino, pp. 38 y ss.

¹⁸ *Ibid.*, pp. 34 y ss.

¹⁹ Ross [II], pp. 45 y ss. Concepción más reciente de la teoría del derecho y de la dogmática jurídica les asignan un papel crítico que va más allá del reconocido por el positivismo. Véase A. Kaufmann, en particular los ensayos de Hassemer y Paul, así como el ensayo de R. Wiethölter. En estos autores es notoria la influencia de la teoría crítica de la sociedad de J. Habermas.

²⁰ Es bien sabido que sus raíces filosóficas se encuentran en el neokantismo, pero esta filosofía se encontraba dividida en dos corrientes —Escuela de Marburgo y Escuela de Baden— y, además, se sabe que muchos otros pensadores influyeron en las concepciones lógicas y epistemológicas de Kelsen; así por ejemplo, se encuentran referencias a Simmel, Wundt, Sigwart, Mach, etcétera, pero también se ha mencionado cierta influencia de

se puede, sin embargo, dar una idea de los criterios requeridos para que un concepto tuviese carácter jurídico. La posición misma de la "pureza" metódica y del positivismo jurídico apoyan la tesis de que los conceptos jurídicos tienen que referirse a la forma y contenido de las normas jurídicas positivas, aunque no necesariamente se encuentren expresamente en ellas, puesto que es posible que sean elaborados por la ciencia jurídica. Aun en este último caso tendrían que ser conceptos que se refieren a las normas jurídicas y no a los fenómenos psicológicos y sociales que tuviesen relaciones con ellas, ni a valores que pudieran servir para enjuiciarlas.

Los motivos o intenciones de las autoridades creadoras de derecho y los deseos o intereses de los individuos sometidos al mismo, sólo podrán entrar en los conceptos en la medida en que se manifiesten dentro del material producido por el proceso creador de derecho. Enfáticamente añade Kelsen: "Lo que no pueda encontrarse en los contenidos de las normas jurídicas positivas no puede ser introducido en un concepto jurídico."²¹ La eliminación de conceptos metajurídicos —psicológicos, sociológicos y axiológicos—, innecesarios para la construcción del lenguaje de la ciencia del derecho no debe confundirse con la distinción que se hace entre los conceptos jurídicos y otros conceptos de la lógica o de la filosofía, que son indispensables en la construcción de cualquier ciencia. Estas ideas no pasan, por otra parte, de ser más bien intuitivas dado que, entre otras cosas, la inexistencia de una ciencia jurídica suficientemente desarrollada impide señalar criterios precisos para la delimitación de un vocabulario privativo de esta disciplina, a tal grado que no resulta exagerado afirmar que el lenguaje de la ciencia del derecho es simplemente el lenguaje ordinario acompañado de algunos tecnicismos.²²

Si con respecto al criterio distintivo entre lo que es un concepto jurídico y lo que no lo es, no se ha pasado de una etapa semi-intuitiva, lo mismo sucede con relación al carácter de "fundamental" que se asigna a algunos de los conceptos jurídicos. En una de las pocas ocasiones en que Kelsen habla expresamente de los conceptos jurídicos fundamentales indica que son aquellos "con los cuales se puede concebir intelectualmente y describir cualquier Derecho".²³ Ellos hacen posible, lógica y epistemológicamente, la elaboración de una ciencia jurídica encargada de la descripción y sistematización de los órdenes jurídicos positivos y, en esa medida, tienen un alcance y una validez universales. Son, en palabras de Kelsen, indispensables para la comprensión y descripción de todo derecho posible. Aunque

Husserl y Vaihinger. Véase sobre todo R. Treves, quien enfatiza la influencia de Cohen; M. Losano, Bobbio [III], y Walter [I].

²¹ Kelsen [XIII], p. xiii.

²² Véase Carnap [IV], p. 241 y desde una perspectiva del lenguaje ordinario A. W. B. Simpson [I], pp. 545 y ss. En estas condiciones parecería que la tarea se reduce a una selección más o menos juiciosa de los conceptos usados en las varias disciplinas jurídicas particulares. Además es cuestionable que el propio Kelsen sea fiel a su "pureza conceptual" y no introduzca nociones que van más allá de la forma y contenido de las normas, por ejemplo la de eficacia.

²³ Kelsen [XVII], p. 611.

no lo dice expresamente, es **Mcito suponer** que su carácter fundamental se justifica además porque, dada su máxima generalidad, se encuentran su-
praordenados a los demás conceptos jurídicos que, de algún modo, tienen
que ser definidos con ayuda de los fundamentales. Kelsen expresa clara-
mente la pretensión de que con ayuda de tales conceptos es posible "do-
minar epistemológicamente la enorme profusión del material jurídico", así
como el deseo de la teoría pura de capturar "el material que le es dado,
en un sistema de conceptos lo más preciso y exhaustivo posible".²⁴ Todo
lo anterior reclamaba su carácter formal.

Las tareas impuestas al aparato conceptual construido por una teoría
general del derecho habían conducido a sus principales exponentes a sub-
rayar el carácter formal que deberían tener tales nociones.²⁵ En ellos, como
en Kelsen, la influencia kantiana es notoria y la distinción forma-materia
está inspirada en las tesis del filósofo de Königsberg. Sin embargo, el autor
de la teoría pura se expresa con mayor reserva a este respecto, puntuali-
zando que el contraste entre forma y contenido es problemático y relativo,
por lo que hay que "ser cuidadoso con el uso de la palabra 'formalismo'".²⁶

En el apartado relativo al método utilizado para obtener estos concep-
tos, se verá que significa asignarles un carácter formal y hasta qué punto
era una caracterización satisfactoria.

Todavía puede señalarse otra propiedad de los conceptos jurídicos fun-
damentales, la cual es afirmada por Kelsen sin dar mayores explicaciones.
Además de tener validez universal, los conceptos deberán constituir un
"sistema lógicamente cerrado".²⁷ Esto parece significar que las definiciones
de dichos conceptos estarán lógicamente conectadas de manera que alguna
o alguna de ellas servirán como axiomas de los cuales pueden deducirse
las restantes. Otra interpretación más plausible sería la de postular que la
relación lógica entre los conceptos que integran el sistema es una relación
de subsunción o inclusión, conforme a la cual los conceptos están dispuestos
jerárquicamente a través de la relación de inclusión entre clases y sin que
las proposiciones que definen un nivel puedan deducirse de las que defi-
nen el nivel superior.²⁸ De cualquier manera, es obvio que la teoría pura
no se encuentra ni siquiera parcialmente formalizada y que por ello, a
pesar de la clara intención de su autor de jerarquizar sus conceptos, no es
posible señalar cuáles son exactamente sus relaciones. Así, por ejemplo, es
notorio que el concepto de sanción sirve para definir a los de deber y res-

²⁴ *Ibid.*, p. 627. En Stammler, p. 180 se señalaba ya que los conceptos jurídicos funda-
mentales habían de tener una "completitud exhaustiva".

²⁵ En ese sentido se declararon principalmente Stammler, pp. 6 y ss. y 181 y ss. y
Somló en su *Juristische Grundlehre*. En relación con este último, véase la exposición de
García Máynez [II], pp. 138 y ss., quien presenta también la tesis de Austin, indicando que
reconoció el carácter necesario de los conceptos jurídicos fundamentales, pero no su ca-
rácter formal. *Ibid.*, p. 153. Sobre esto puede verse también a Azuara.

²⁶ Kelsen, *op. cit.*, p. 626.

²⁷ Kelsen [III], p. 959. También Stammler había hablado ya de un sistema cerrado,
p. 180.

²⁸ Para la distinción véase Bunge, p. 100.

ponsabilidad, pero la búsqueda de un concepto clave lleva a una cierta disparidad en la perspectiva de la teoría. Por un lado, se dice que el concepto de norma es el "concepto fundamental de todo conocimiento jurídico",²⁹ dando a entender que el enfoque deberá partir de las partes más simples —norma, norma jurídica y sus elementos—, aunque también en otras partes parece que se opta por una óptica opuesta que procedería a partir de lo más complejo, diciéndose que el concepto de sistema jurídico es imprescindible para entender la naturaleza del derecho, objetivo que es inalcanzable "si limitamos nuestra atención a una sola norma aislada".³⁰

La frase que señala que el sistema de conceptos ha de ser "lógicamente cerrado" parece insinuar, no sólo que existen ciertas relaciones lógicas entre los conceptos, sino que tal sistema es "completo" en el sentido de contener todos y sólo los conceptos jurídicos fundamentales. Esta exigencia no debe confundirse con la mencionada anteriormente en el sentido de que el sistema de conceptos debe ser lo más preciso y exhaustivo posible. Esta última alude a la adecuación de los conceptos para el cumplimiento de su tarea y deja abierta la posibilidad de un perfeccionamiento, mismo que parece exceptuado de un sistema calificado de completo. Esta noción apunta ya a la característica de validez universal y de unicidad de un aparato conceptual. Sin embargo, la posición de Kelsen es suficientemente flexible para aceptar modificaciones en su teoría. Así, en el prólogo a la última edición reconoce que el constante aumento de la multiplicidad de contenidos de los órdenes jurídicos positivos, hace que una teoría general del derecho corra siempre el peligro de no captar todos los fenómenos jurídicos mediante los conceptos fundamentales determinados por ella. Algunos, escribe, resultan muy estrechos, otros muy amplios: "Estoy consciente de tal peligro y por tanto agradeceré sinceramente toda crítica en este sentido".³¹ Estas aseveraciones admiten la posibilidad de precisar los conceptos para hacerlos más adecuados; de ahí a permitir la introducción de nuevos conceptos, o la eliminación y sustitución de otros no hay sino un paso gradual.

2.1.2 Podría creerse que otra tarea de la teoría pura es determinar la forma o estructura de las normas jurídicas, o, en otras palabras, formular una teoría de las normas jurídicas.³² En realidad no es aventurado decir que el análisis lógico de las normas jurídicas produce como resultado una serie de elementos estructurales, ilícitos y sanción, así como un conjunto de funciones normativas tales como el deber jurídico, la responsabilidad, el derecho subjetivo, la competencia, etcétera. En la medida en que tales elementos y sus relaciones constituyen los conceptos jurídicos fundamentales, o algunos de ellos, se concluye que el análisis de la estructura y función de la norma jurídica está dentro de la tarea de la determinación de

²⁹ Kelsen [XVII], p. 612.

³⁰ Kelsen [XIII], p. 1; Raz escribe que la definición de "una norma jurídica" requiere previamente de una teoría del sistema jurídico y que Kelsen fue el primero en insistir en ello [I], p. 2.

³¹ Kelsen [XX], p. vii.

³² Véase F. Kaufmann [II], p. 385.

los conceptos jurídicos fundamentales y no es una tarea propiamente diferente.³³

2.1.3 Al dividir la teoría pura en dos disciplinas, Kaufmann habló de una "teoría de las normas jurídicas", encargada de proporcionar las condiciones que habían de satisfacer las normas para ser consideradas jurídicas y una "teoría de la estructura del derecho", que investigaría los criterios que han de satisfacer las normas jurídicas para pertenecer a un orden determinado.³⁴ Por lo que se refiere a la primera, se ha mostrado que es una tarea que cabe perfectamente dentro de la construcción y análisis de los conceptos jurídicos básicos. En cuanto a la segunda, constituye efectivamente una tarea primordial de la teoría pura del derecho, "dirigida al análisis estructural del derecho positivo, más que a la explicación psicológica o económica de sus condiciones o a la evaluación moral o política de sus fines."³⁵

Este cometido, que ha quedado detallado en páginas anteriores, puede concebirse sin ninguna dificultad como la elucidación de la noción de sistema jurídico. En el curso de tal elucidación se revela como indispensable el análisis concomitante de la noción de norma jurídica, en tanto elemento básico del sistema; de la noción de validez, como expresiva del tipo de relaciones que se constituyen entre los elementos del sistema; del concepto de norma básica como fundamento de la validez y como criterio de unidad y pertenencia de los elementos. La inclusión del concepto de eficacia plantea, sorprendentemente, un tipo distinto de relaciones constitutivas del sistema, ya que no se trata de relaciones entre los elementos del sistema jurídico, es decir, entre normas, sino que hace referencia a relaciones causales de tales elementos con el medio social en que se encuentra, por así decirlo, el sistema.

En la medida en que la eficacia de un sistema jurídico se juzga por el grado en que es "obedecido y aplicado", es insoslayable la conexión con las conductas humanas del grupo social en el que existe dicho sistema. Curiosamente las relaciones que a su vez tiene el medio social, incluyendo aquí las condiciones políticas y económicas, con los elementos del sistema, no son consideradas como tema de la teoría pura, sino más bien de la sociología y la política jurídica. Si se llama estructura del sistema, tanto a las relaciones de sus elementos entre sí, como a las relaciones entre el medio y los elementos, es claro que el análisis del concepto de sistema jurídico muestra que las nociones de medio y estructura son partes integrantes de dicho concepto.³⁶

³³ No se juzgará aquí sobre la posibilidad de construir todos los conceptos jurídicos fundamentales a partir de un análisis de la norma jurídica estática; sin embargo, parece difícil prescindir de la perspectiva dinámica que consideraría las cuestiones de las relaciones entre las normas, relaciones que parecen indispensables para comprender nociones como la de derecho subjetivo, órgano, competencia, y, no se diga ya para las de validez, norma básica y sistema jurídico.

³⁴ F. Kaufmann [II], p. 385.

³⁵ Kelsen [XIII], p. xiv.

³⁶ Algunas ideas sobre sistemas las debo al doctor M. Bunge.

Las reflexiones anteriores indican algunos puntos en que la investigación puede continuarse. Uno de ellos es la compatibilidad de los análisis estático y dinámico que lleva a cabo la teoría pura. Publicaciones de los discípulos de Kelsen, en particular de Robert Walter, muestran que con relación al concepto mismo de norma jurídica, la teoría pura maneja en realidad dos conceptos, uno estático y uno dinámico.³⁷ Esto se conecta con una observación hecha anteriormente en el sentido de que es urgente conciliar un enfoque que parte de la noción estática de norma jurídica —conexión de ilícito y sanción—, con otro desarrollado a partir de la idea de sistema jurídico, en el cual la noción de norma dinámica abarca toda una cadena de supuestos que incluyen normas dependientes y la ejecución de un acto coactivo como consecuencia. En otras palabras, se trataría de compaginar lo que la teoría llama la “nomoestática” con la “nomodinámica”.

Otro punto aconsejable sería introducir en el análisis del concepto de sistema jurídico las cuestiones relativas a las relaciones entre los elementos del sistema y el medio en que se encuentran. La teoría pura introdujo ya, de algún modo, estas conexiones mediante las nociones de positividad y de eficacia. Por último, muchos conceptos de la teoría no son estrictamente jurídicos y presuponen una teoría general de los sistemas normativos ya apuntada por Kelsen. Tal es el caso de sus análisis de los conceptos de deber ser, norma, proposición normativa, validez, norma básica, sistema normativo, etcétera. En todos ellos no se oculta el hecho de que son igualmente aplicables al estudio de la moral y otros órdenes reguladores de la conducta humana. Todo lo anterior permite concluir que la tarea de la teoría pura aquí expuesta no se aparta de los objetivos de la filosofía como elucidación de conceptos y creación de teorías generales o modelos conceptuales.

2.1.4 Se había dicho en un principio que otra de las finalidades de la doctrina de Kelsen era ofrecer una teoría de la interpretación. Antes de consignar las líneas generales de la misma, es conveniente una delimitación previa.

La doctrina tradicional afirmaba como una de las tareas de la dogmática jurídica la interpretación del derecho positivo, a la cual precedía la construcción y sistematización que realizaban los juristas.³⁸ Al abandonarse la premisa de que las normas tenían una sola interpretación o un sentido unívoco, la finalidad de la dogmática tenía que ampliarse necesariamente. La única tarea de la interpretación científica de las normas jurídicas concretas era ahora mostrar sus posibles significados y dejar la elección a la autoridad.³⁹ Obviamente que este trabajo no compete al teórico general, sino

³⁷ Walter [II], pp. 16 y ss.

³⁸ Véase por ejemplo, Radbruch, p. 9. El término “descripción”, utilizado recientemente, tiene acaso una mayor pretensión de objetividad, pero por eso mismo es útil recordar que los límites entre descripción e interpretación son vagos y que toda descripción de normas supone su interpretación.

³⁹ Kelsen [XVII], p. 619.

al dogmático ocupado con uno o varios órdenes jurídicos particulares. Para el teórico o el filósofo el problema era señalar la naturaleza, métodos y límites de la interpretación en general. Esto es probablemente a lo que alude Kelsen al hablar de una teoría de la interpretación.

El punto de partida de la teoría se localiza en la distinción de tres tipos diferentes de "procesos espirituales" que reciben el nombre de interpretación. Los criterios que subyacen a la distinción son el carácter jurídico de quien la lleva a cabo y los efectos que tiene para el derecho. Se habla entonces de: a) la interpretación hecha por los órganos aplicadores; b) la que realizan los individuos que tienen que cumplir las normas jurídicas, y c) la efectuada por la ciencia jurídica al describir el derecho positivo. Aunque expresamente no se señala ninguna otra característica común a las tres clases que la de un "proceso espiritual", se da a entender que es una actividad dirigida a "entender" y "establecer" el sentido o significado de las normas jurídicas.⁴⁰

Lo que se dice acerca de (b) es sumamente breve, limitándose a constatar que los individuos a quienes se dirigen las normas han de entender y establecer el sentido de tales normas como condición para que puedan acatarlas. El individuo se representa los posibles significados de una disposición y escoge uno de ellos en el caso en que quiera ajustarse a ella. Es claro que esta decisión no crea derecho ya que no obliga a ningún órgano y que existe siempre la posibilidad de que el individuo se equivoque.

Las dos clases que más interés hay en distinguir son (a) y (c), que son llamadas "interpretación auténtica" y "no-auténtica" respectivamente, dado que las diferencias entre (b) y (c) no son de naturaleza sino de grado y que sus efectos jurídicos son casi idénticos.⁴¹ La interpretación auténtica está presente en toda aplicación de una norma jurídica y dado que toda norma es en principio aplicable, toda norma es interpretable en este sentido. El órgano en cuestión practica una constatación intelectual de las diversas posibilidades abiertas por una norma superior y, mediante un acto de voluntad, elige entre ellas la que convertirá en norma jurídica inferior mediante su interpretación. En la terminología filosófica de Kelsen la naturaleza de esta interpretación es la de un acto espiritual que es parcialmente cognoscitivo y parcialmente volitivo; sin embargo, el énfasis se pone en la función de la voluntad creadora de derecho. El punto decisivo que justifica el calificativo de "auténtica" es precisamente el hecho de que es jurídicamente obligatoria, esto es, crea normas válidas y tiene, por tanto, efectos jurídicos.

De esta interpretación, a diferencia de la (c), no puede decirse signifi-

⁴⁰ Para todo lo relativo a la interpretación véase sobre todo Kelsen [XG], pp. 346 y ss. y [XVII], pp. 618 y ss.

⁴¹ Una posición radicalmente distinta, inspirada también en Kelsen, puede encontrarse en Schmill, quien lleva al extremo algunas tesis de la teoría pura para probar que los individuos llevan a cabo una función semejante a todos los órganos aplicadores en la cual "crean derecho" al interpretar las normas dirigidas a ellos, aun cuando aparentemente las incumplan.

cativamente que sea verdadera ni falsa. Dado que su función es crear derecho, esto es, normas, éstas no pueden ser ni verdaderas ni falsas. De tales decisiones, dice Kelsen, es absurdo decir que sean falsas o verdaderas. A reserva de volver sobre este punto al tratar el siguiente tipo de interpretación, se puede adelantar que los conflictos entre ambas parecen inevitables. Tampoco sorprende que esta interpretación no disponga de ningún método. A pesar de los esfuerzos de la jurisprudencia tradicional por dar una receta para encontrar el significado "correcto" de los varios que contiene lingüísticamente la norma, siempre quedan varias posibilidades y de entre ellas escoge el órgano motivado por normas morales de justicia o juicios de valor sociales que seguramente responden a emociones e intereses. En este punto Kelsen discrepa radicalmente con la que llama "teoría tradicional".

La interpretación no-auténtica que corresponde a los científicos del derecho es también un acto intelectual mediante el cual se constata "el sentido de un objeto". En la inmensa mayoría de los casos se trata de expresiones lingüísticas cuyos posibles significados son formulados mediante el ejercicio de una facultad cognoscitiva. A diferencia de (a), se trata aquí de un acto puramente de conocimiento. No es difícil concluir cuáles son las consecuencias que esto tiene sobre el alcance y límites de la interpretación científico-jurídica. Carecerá de obligatoriedad y, en consecuencia, de efectos jurídicos. No en el sentido de que no pueda influir o motivar a los órganos creadores y aplicadores del derecho, sino en el sentido de que sus resultados no crean *ipso facto* derecho positivo.

Kelsen reconoce expresamente que esta interpretación puede tener efectos sobre la autoridad al señalarle deficiencias técnico-jurídicas o, la posibilidad de reducir la ambigüedad, aumentando el grado de seguridad. Por otro lado, los juicios en que se expresa, por su carácter racional y cognoscitivo, pueden ser verdaderos o falsos, según corresponden con el derecho que pretenden conocer. El alcance de tales interpretaciones está, por otra parte, limitado por una premisa fundamental de la teoría: la creencia en que hay un significado único y correcto es una ilusión. El material por interpretar es más o menos multívoco y la única tarea de la interpretación científica de las normas jurídicas concretas es mostrar sus posible significados, dejando la elección a la autoridad.

En otra parte, sin embargo, parece ampliarse esta tarea. Así, en la *General Theory of Law and State* se lee que una de las misiones principales del jurista es dar una presentación consistente del material con que trabaja. Dado que el material son expresiones lingüísticas, cabe la posibilidad de que existan contradicciones entre ellas. "La función específica de la interpretación jurídica es eliminar tales contradicciones, mostrando que son meramente aparentes. Mediante la interpretación jurídica el material jurídico se transforma en un sistema jurídico".⁴² Esta interpretación racional es la que presenta al derecho positivo como un todo significativo, como una estructura comprensible que puede ser objeto de conocimiento.⁴³ Un ejem-

⁴² Kelsen [XIII], p. 375.

⁴³ *Ibid.*, p. 402 y [IX], p. 295.

plo muy claro de esta reinterpretación se encuentra en la tesis de las "determinaciones alternativas" antes descrita. Tanto en el caso de "conflicto" entre las decisiones judiciales y la ley, como en el de la falta de correspondencia entre la ley y la constitución, el jurista estaría tentado a hablar de "sentencias ilegales" y de "leyes inconstitucionales". Estrictamente, esto sería una contradicción ya que, tanto una sentencia como una ley que no han sido anuladas por el órgano competente, son normas válidas cuya validez depende de la ley y de la constitución, respectivamente. Dado que el científico no puede crear, ni anular normas, tiene que explicar cómo es posible que sean consideradas válidas disposiciones que no corresponden a sus normas fundantes. La respuesta, se vio más arriba, es que el verdadero significado de las normas superiores es una determinación alternativa que faculta al órgano a crear normas conforme al procedimiento y contenido establecido expresamente o conforme a un proceso y con el contenido que él determine. En caso de no existir un órgano revisor tales normas tendrán validez definitiva y si lo hay será sólo provisional.⁴⁴

Teniendo en cuenta esta ampliación de la tarea del jurista es útil plantearse el problema de los posibles conflictos entre las dos interpretaciones. Siguiendo la tesis del marco abierto de posibilidades que señala la ciencia, Kelsen acepta que la norma inferior creada puede no corresponder a ninguna de las interpretaciones de la norma superior que eran posibles desde el punto de vista teórico. Aunque esta interpretación sea entonces científicamente falsa, ha creado una norma jurídica válida. El científico, dice Kelsen, sólo podrá constatar que se ha creado nuevo derecho, quizá únicamente para el caso concreto, pero no podrá impugnar su validez. Empero, si se acepta la doctrina de las determinaciones alternativas, las posibilidades del significado de una norma podrían esquematizarse como sigue: si se da A, debe hacerse B o C, en donde C es distinto de B, e incluso, contradictorio de B. Como "la indeterminación puede ser tanto del hecho condicionante como de la consecuencia condicionada".⁴⁵ en principio no hay un límite para las posibilidades de interpretación del órgano.

El intento de solución a este problema requerirá seguramente un análisis mayor y más profundo, pero algunas líneas pueden señalarse. En primer lugar la motivación kelseniana es la de impedir contradicciones entre normas que terminarían con la unidad del orden jurídico y su carácter de objeto del conocimiento. Empero, en sus últimas publicaciones Kelsen cuestionó seriamente la posibilidad de la aplicación de la lógica a las normas. Un conflicto no sería una contradicción y, además, el hecho de que dos normas válidas se opusieran no era un obstáculo para que fuesen descritas por sendas proposiciones normativas sin contradicción, salvándose con ello la congruencia de la ciencia. Las consecuencias de estas reflexiones⁴⁶ no fueron incorporadas a la teoría pura, pero es indudable que acarrearán modificaciones en el campo de la interpretación.

⁴⁴ Kelsen [XX], pp. 273 y ss., 277 y ss.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 347.

⁴⁶ Véase, sobre todo [XXII] y [XXIV].

Por otra parte, la dogmática jurídica, limitada a la descripción de los contenidos del derecho positivo, no excluye una actividad científica crítica no inspirada en valores políticos, sino en la congruencia y consistencia del legislador. La racionalidad es un punto de vista que no es ajeno a la creación del derecho y uno de los instrumentos de control de la misma, quizá el más poderoso, es la lógica. En este terreno los desarrollos recientes son muy notables, en particular en el ámbito de la lógica deóntica. Es significativo que las últimas obras, tanto de Kelsen como de Ross, se hayan ocupado más que nunca de las relaciones entre la lógica y el derecho.⁴⁷

Para terminar, unas palabras sobre los métodos de interpretación científica. En opinión de Kelsen, ninguno conduce a resultados unívocos y seguramente por ello no hace sino dedicarles un párrafo, en el cual sólo se menciona expresamente el método de *argumentum a contrario*. Al hablar de Ross se verá que la aceptación de la tesis del “marco abierto de posibilidades” no impide un tratamiento más amplio y detallado de los métodos y técnicas de la interpretación.

En conclusión, la teoría de la interpretación ofrecida por la teoría pura está, en el mejor de los casos, en un nivel incipiente. Además, dadas las grandes diferencias existentes entre las interpretaciones (a) y (c), que llevan a Kelsen a llamarlas “cosas distintas”, queda la duda de si está justificado llamar interpretación a la actividad de los órganos creadores de derecho.

2.1.5 Ocasionalmente se encuentran en la teoría pura afirmaciones respecto a otras tareas que le competen. Así, se dice que le corresponde determinar el método de la ciencia jurídica y precisar su lugar dentro del sistema de las ciencias.⁴⁸ A reserva de especificar los métodos de la propia teoría más adelante, se verá en qué medida se entienden y se cumplen estos objetivos.

Se señaló ya que la teoría fija, de modo muy general, las tareas de la dogmática jurídica. Ahora se pretende que a ella le toca especificar también los métodos que deberá utilizar. Era de esperarse entonces una exposición de los procedimientos lógicos que han de seguir los juristas al describir, interpretar y sistematizar el derecho positivo. Sin embargo, nada de esto se encuentra en la teoría pura.⁴⁹ En su lugar, dados los supuestos filosóficos kantianos del autor, aparecen las llamadas “condiciones de posibilidad de la ciencia del derecho”. En otras palabras, se determina cuál es el aparato conceptual o marco categorial que permite hacer ciencia jurídica.⁵⁰

En este sentido amplio, la teoría pura misma es una doctrina que muestra

⁴⁷ Para una exposición de la evolución de la lógica deóntica de 1951 a la fecha, véase Rodríguez T., quien hace además una crítica extensa del intento de Ross por construir una lógica de las normas utilizando las herramientas de los enfoques más recientes. Contiene además una bibliografía abundante sobre el tema.

⁴⁸ Kelsen [XVII], p. 611 y [XX], pp iv y vii.

⁴⁹ Compárese con los métodos lógicos indicados, por ejemplo, en Alchourrón y Bulygin [I], respecto a la descripción y a la sistematización.

⁵⁰ En el capítulo siguiente se verá cómo se descubre y justifica tal marco.

el método específico del conocimiento jurídico. Sin embargo, en un sentido más restringido, se reiteran frecuentemente ciertos principios o postulados metódicos que deslindan el campo de la ciencia del derecho respecto a otras disciplinas afines. Así, se afirma que con la distinción entre causalidad e imputación la teoría establece el "fundamento metodológico" de la ciencia jurídica como una "ciencia social normativa", separándola de las ciencias causales, sean naturales o sociales.⁵¹ Un segundo postulado esencial para la llamada pureza de la teoría es separar la ciencia del derecho como "conocimiento del derecho positivo", de la política jurídica, actividad mediante la cual la voluntad intenta conformar el orden jurídico.⁵² Una pieza fundamental en ambas distinciones es el dualismo entre ser y deber ser, mientras que la distinción entre la razón y la voluntad, como dos facultades con funciones esencialmente diferentes, subyace en el segundo postulado. Delimitado el objeto de conocimiento queda automáticamente especificado el método de trabajo en el sentido muy general de circunscribir el área de lo que puede contar como un problema y lo que puede aceptarse como solución.

Respecto a las técnicas específicas de cómo resolver los problemas concretos de la dogmática no hay, se insiste, mayores recomendaciones aparte de la muy general que se refiere a la interpretación. Quedó dicho antes que la teoría propuesta por Kelsen señalaba claramente los límites de la interpretación científica del derecho positivo, aunque no se ocupó de detallar los métodos específicos de llevar a cabo esa tarea.

Es notorio que el interés, por lo demás muy legítimo, radica en separar a la ciencia del derecho de múltiples disciplinas, científicas o no científicas, con las que se había venido mezclando. Con relación a las confusiones entre la jurisprudencia y las ciencias naturales o la psicología y la sociología, la teoría pura impugna el sincretismo metódico como confusión de campos científicos. Son relación a las interferencias de la moral y la política, se objeta la ausencia de un método científico que busque la verdad y el conocimiento y la intromisión de un método ideológico que tendría fines políticos y no científicos.⁵³

Todo lo expuesto arroja como resultado la determinación del lugar que tiene la ciencia del derecho dentro del sistema de las ciencias como una "ciencia del espíritu", como una "ciencia social normativa".⁵⁴ Claro está que la teoría general de la ciencia supuesta por Kelsen es apenas insinuada y en modo alguno se argumenta a ese nivel. Como era de esperarse en una teoría general del derecho, el marco filosófico de referencia es dado como un supuesto, y no escapa al lector que se trata de los sistemas predominantes en el ámbito cultural en que vio su origen la teoría pura del derecho.

2.2 Ross coincide plenamente con la tesis de que una de las ocupaciones

⁵¹ Kelsen [XVII], p. 615.

⁵² *Ibid.*, p. 620.

⁵³ *Ibid.*, pp. 615 y 624.

⁵⁴ Kelsen [XX], pp. iv y vii.

de la teoría general o filosofía del derecho son los conceptos jurídicos fundamentales, aunque en ninguna parte explica con detalle qué ha de entenderse por concepto jurídico fundamental.

2.2.1 Para empezar, aunque en ocasiones explícita, las bases de sus análisis lingüísticos, la noción misma de concepto permanece un tanto imprecisa. Si bien distingue con insistencia la palabra, su contenido significativo abstracto o idea, el pensamiento de este contenido y la cosa designada, indicando que la primera es un fenómeno lingüístico (fonema o grafema), la segunda un fenómeno semántico, y las últimas fenómenos psicológicos o físicos, no especifica qué entiende exactamente por un concepto y cuáles serían sus relaciones con los otros fenómenos. Es de suponerse que estaría colocada en el nivel semántico, aunque en ocasiones habla indistintamente de términos, conceptos, ideas y palabras.⁵⁵ De cualquier manera su enfoque distingue en principio, al igual que el de Kelsen, el plano conceptual de los planos lingüístico y psicofísico, aunque quizá difieran respecto al tipo de entidades que son los conceptos.

Puede argumentarse que el filósofo del derecho no necesita ser muy detallado con relación a problemas que propiamente caen dentro del campo de la filosofía general; lo que sucede es, empero, que tampoco en lo concerniente al carácter jurídico de los conceptos es más abundante. Al ocuparse del derecho subjetivo da a entender que los conceptos jurídicos son "herramientas de presentación", esto es, que permiten expresar y describir de un modo claro y sistemático el derecho o, más exactamente, un contenido jurídico. Lo específico de un concepto jurídico parece ser, sin embargo, no tanto que designe hechos calificados por normas sino que además sea sistemático, esto es, que sea el nombre de un conjunto de normas unidas sistemáticamente.⁵⁶

Con relación a esta caracterización se ha señalado ya que en ella no aparecen criterios para identificar un concepto jurídico, es decir, que indique qué es lo que hace jurídica a una noción.⁵⁷ A este respecto puede observarse lo mismo que se dijo al comentar a Kelsen en el sentido de que la juridicidad de un concepto no es definida con exactitud. No se sabe si son las nociones usadas por los legisladores, jueces o juristas, o son las introducidas por los teóricos para entender mejor la naturaleza del derecho y de algunos problemas o si, como parece razonable, se pueden encontrar ambos tipos de conceptos jurídicos.⁵⁸

No se corre con más fortuna al buscar en Ross una clara elucidación de lo que son los conceptos jurídicos fundamentales. La afirmación de que son

⁵⁵ Ross [III], pp. 3 y 10, y Ross [V].

⁵⁶ Ross [V] y [II], pp. 164 y ss., así como [VI], pp. 145 y ss.

⁵⁷ Véase Simpson [I], pp. 540 y ss., quien señala, además, que un problema importante de la jurisprudencia analítica es precisamente el concepto de concepto jurídico. Para mostrar que el tratamiento de esta cuestión ha sido insatisfactorio, critica Simpson las tesis de Hohfeld, Ross y Hart.

⁵⁸ Véase para la distinción, Raz [IV], p. 795 y también García Máynez [II], p. 105.

los "conceptos implícitos en toda proposición jurídica"⁵⁹ no es muy informativa, ya que el mismo Ross observa correctamente en otro lugar, al criticar el "siniestro impacto del esencialismo en la definición de los términos jurídicos", que es imposible deducir nada de los conceptos que no esté ya incluido en ellos,⁶⁰ por lo cual la referencia a la noción de proposición jurídica, por lo demás ambigua, es poco iluminante. Tampoco es muy reveladora la aseveración de que los conceptos jurídicos fundamentales no son elementales, sino compuestos de otros más elementales, estando unidos por ciertas relaciones cuya forma integra lo que llama la estructura de un concepto.⁶¹ El reconocimiento de la existencia de relaciones que, se supone, son lógicas pero sin ser caracterizadas, justifica la creencia de que serían formalizables, pero no informa cómo establecer si son o no fundamentales.

A este respecto, algunos párrafos de [II] manifiestan las ideas del autor sobre el alcance general de tales conceptos, revelando que no son objeto de las diversas disciplinas jurídicas particulares. Reconoce, sin embargo, que esta característica hace variar el contenido de la jurisprudencia o filosofía jurídica en los diversos sistemas, siendo más amplia en Inglaterra que en Norteamérica y en Europa continental. Su conclusión, bastante pragmática, es concentrarse en los problemas que "no son examinados por la literatura jurídica corriente, o que lo son en forma insatisfactoria".⁶²

Sus presupuestos filosóficos empiristas lo hacen, por otro lado, rechazar la idea de que el ámbito de la filosofía del derecho esté "sistemáticamente delimitado",⁶³ por lo cual no habla ya de la exhaustividad, ni de la completitud o validez de los conceptos jurídicos fundamentales. Se trataría simplemente de un aparato conceptual más útil y adecuado para la descripción y sistematización del derecho vigente. Al mismo tiempo sería revisable y tendría que ser compatible con el principio del empirismo que sostiene que "los indefinibles, mediante los cuales se define en último análisis cualquier término (no-lógico), tienen que ser cualidades señalables por ostentación (observación directa)".⁶⁴ Aquí se ve claramente que al distinguirlos de los conceptos formales de la lógica, el formalismo no es un requisito de los conceptos jurídicos fundamentales, limitándose al de generalidad.

Los supuestos filosóficos de Ross son diferentes de los de Kelsen y esto parecería afectar seriamente sus tesis sobre esta tarea de la filosofía del derecho, en especial acerca de la naturaleza y alcance de los conceptos jurídicos fundamentales. Sin embargo, después de la comparación no es exagerado diagnosticar la existencia de tendencias convergentes en ambas posiciones.

⁵⁹ Ross [I], p. 22.

⁶⁰ Ross [VI], p. 146.

⁶¹ Ross [I], pp. 19 y 224 y ss., donde analiza críticamente la estructura que tenía el concepto, de derecho subjetivo en la tradición románico-jusnaturalista, mostrando el tipo de relaciones y funciones que subyacen a este concepto tal y como es usado por los juristas. El tema se repite en [V] y [VI].

⁶² Ross [II], p. 25.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ Ross [VI], p. 140.

Las pretensiones de Ross son relativamente menores respecto al alcance del marco conceptual que puede construir la teoría general del derecho, pero esa tendencia se manifiesta también en la evolución del pensamiento kelseniano, aunque quizás el peso de la filosofía kantiana le impidió llegar más lejos. En cuanto al formalismo de la teoría pura, relativizado consciente e inconscientemente por su autor, da como resultado un análisis conceptual a un nivel de abstracción y generalidad que no difiere mucho del que hace Ross. Así, las afirmaciones acerca de una teoría del conocimiento jurídico de alcances apriorísticos, que acompañaron algunas conclusiones kelsenianas, deben distinguirse de los resultados analíticos mismos y, tomándose como tales, no difieren mayormente de los obtenidos posteriormente por Ross.

2.2.2 En la obra de Ross el concepto de norma jurídica ocupa también un papel central, buena parte de ella se dedica a su análisis en tanto concepto jurídico fundamental, señalando su estructura y su función. En su libro [IV], se lleva bastante lejos el análisis al distinguir el concepto mismo de norma de otros muchos que se refieren a expresiones prescriptivas, o directivas como prefiere llamarlas. Las clasificaciones y criterios propuestos constituyen casi una teoría de las normas,⁶⁵ realizada dentro de un marco general más actual y completo que el de Kelsen, ya que se aprovechan los avances de la filosofía del lenguaje y sus ramas generales como la sintaxis, la semántica y la pragmática.

Al igual que Kelsen, se preocupa por el problema de la aplicación de la lógica a las normas jurídicas, utilizando también aquí instrumentos más refinados, por más que sus resultados hayan sido seriamente cuestionados.⁶⁶

En suma, la tarea acometida es muy semejante, con la diferencia en los medios empleados para realizarla, y por lo que hace a los resultados, ya fueron comparados anteriormente.

2.2.3 En Alf Ross, el tratamiento de la noción de sistema jurídico, aunque considerado como parte de la problemática de la filosofía del derecho, es más pobre que el ofrecido por la teoría pura, en la cual es de primordial importancia.⁶⁷ Así, en Ross no hay casi ninguna idea sobre la dinámica jurídica, ni sobre los criterios formales de pertenencia de las normas al sistema. Sin embargo, se ha visto cómo Ross define y explicita términos estrechamente relacionados con la noción de sistema jurídico, tales como validez, eficacia y norma básica, aun cuando no los conecta, razón por la cual no proporciona ni siquiera el esbozo de una teoría del sistema jurídico.

Parecería entonces que el enfoque de Ross toma como punto de partida la norma jurídica aislada para elucidar los conceptos jurídicos fundamentales y, en especial, el concepto mismo de derecho. Esto no es así; en sus últimas obras es notorio cómo el concepto clave es el de derecho vigente entendido como el conjunto de normas jurídicas que son efectivamente

⁶⁵ Obra que Kelsen pensaba también escribir.

⁶⁶ Véase Rodríguez T., cap. VI.

⁶⁷ Golding ve en la definición de este concepto la tarea más importante de Kelsen.

obedecidas porque se las vive como socialmente obligatorias. Su filosofía empirista no vacila en incluir como problema central lo que se llamaría la relación entre las normas jurídicas y el medio social en que se dan, especialmente por lo que hace a la influencia de éstas sobre la conducta humana.⁶⁸ La existencia misma del orden jurídico tiene que ser explicada y demostrada a partir de estas relaciones y, en principio, sólo mediante ellas.

Las tendencias de ambas teorías son, nuevamente, convergentes. En efecto, Kelsen confiesa también un empirismo antimetafísico, aun cuando sus nociones de validez y deber ser lo hacen conservar un elemento no reducible a hechos. Elemento del que, por otra parte, Ross no ha podido tampoco deshacerse totalmente. Diferencias menores se encontrarían en la preferencia kelseniana por la noción más general de derecho positivo frente a la de derecho vigente, entre otras razones por su deseo de enfrentarse a las teorías jusnaturalistas. Igualmente, en lo que se refiere a la noción de eficacia tratada por Ross como uno de los sentidos de validez, Kelsen reprocha a Ross el que restrinja el concepto a la aplicación del derecho por los órganos jurídicos, rehusando considerar como eficaz una norma jurídica en la medida en que los hombres se comportan, por temor o por otro motivo, conforme a ella.⁶⁹ En este punto, Ross modificó su opinión al señalar que, si bien desde el punto de vista lógico sólo existía un conjunto de normas, las dirigidas a los tribunales para regular el uso de la coacción, desde el punto de vista psicológico hay otro conjunto, aquel de las normas dirigidas a los ciudadanos, "las cuales existen en la medida en que son obedecidas regularmente y son vividas como obligatorias".⁷⁰ Con esto la diferencia con Kelsen prácticamente desapareció.

En conclusión, a pesar de que la teoría pura es más abundante en lo que se refiere al concepto de sistema jurídico, la teoría realista sigue, en principio, el mismo programa de trabajo y las coincidencias en los resultados son, como se expuso anteriormente, menores que las divergencias.

2.2.4 La distinción entre ciencia jurídica en sentido estricto y filosofía del derecho es ratificada por Ross al afrontar el problema de la interpretación. Como parte de la primera, la doctrina tendría por objeto estudiar la interpretación de un orden jurídico específico. Se formularían enunciados interpretando el derecho vigente, esto es, determinando su significado, pero sujetos a la condición de basarse en hechos obtenidos del análisis de las prácticas de los órganos: precedentes, ideología dominante. Hecha de esta manera sería una "interpretación vigente" que permite predecir decisiones particulares futuras, lo cual garantiza su calidad de ciencia jurídica. De no satisfacer estas condiciones sería simplemente política jurídica, perdiendo con ello su carácter descriptivo. Se advierte, sin embargo, que en la práctica la distinción es difícil dado el bajo grado de certeza de las aserciones del

⁶⁸ "Conducta" en su sentido más amplio, ya que Ross incluye las actitudes y sentimientos psicológicos.

⁶⁹ Kelsen [XXXI], pp. 33 y ss.

⁷⁰ Ross [IV], p. 92.

doctrinario, por lo cual se confunde a menudo con directivas de política jurídica. Todo esto conduce a Ross a concluir que “en último análisis ciencia y política jurídica no pueden ser separadas”.⁷¹

Ya las afirmaciones anteriores prueban que, además de una interpretación vigente concreta, es posible hacer afirmaciones acerca de la naturaleza y límites de la interpretación en general. Así lo reconoce Ross al hablar de una teoría general de la interpretación que se encargaría, en su opinión, de explicar los supuestos fácticos de los problemas de la interpretación y de clasificar sus métodos.⁷²

En el largo capítulo dedicado a este tema, se define la noción de interpretación con ayuda de otras nociones básicas de filosofía del lenguaje que contribuyen a formar un marco general de la teoría; se señalan los límites que tal marco impone a una interpretación; se muestran “los factores generales que operan en toda administración de justicia y se bosqueja una tipología”.⁷³ Sería ocioso repetir lo que el texto en cuestión dice respecto a cada una de estas actividades, pero sí conviene reunir sus líneas generales a efecto de compararlas con la teoría pura.

Habiéndose restringido al derecho legislado, la noción de interpretación es ubicada de inmediato como relacionada con un lenguaje. Se advierte de antemano que, una vez distinguidos los signos naturales de los símbolos artificiales y convencionales que integran un lenguaje, la creencia de que las palabras representan objetivamente un significado, es una ilusión.⁷⁴ En consecuencia, el significado de las palabras y expresiones se describe mediante el estudio de cómo se expresa la gente.

Situados en esta perspectiva Ross postula cuatro axiomas que se aplican a las palabras de uso cotidiano: 1) el significado posible de toda palabra es vago y su campo de referencia indefinido; 2) la mayor parte de las palabras son ambiguas; 3) para determinar con precisión el significado de una palabra hay que considerarla como parte de una expresión, y 4) el significado de una expresión depende de su contexto lingüístico y de la situación. De 3) y 4) se infiere que el significado de una palabra es una función de la expresión, contexto y situación en que aparece. La interpretación es la actividad dirigida a exponer el significado de una expresión, pero designa también el producto de tal actividad.⁷⁵ Por lo anterior se ve que la decisión para escoger una interpretación estará en función de la expresión, contexto y situación. A esta altura Ross hace la aclaración importante de que “si por una razón u otra... no es posible llevar adelante la interpretación más

⁷¹ Ross [II], pp. 105 y ss.

⁷² Ross [II], pp. 107 y ss. Allí especifica que su contribución a la teoría general se limitará al derecho legislado. Hace también una distinción entre método jurídico como intento de descubrir los principios que guían el paso de la norma general a la sentencia e interpretación como método restringido al derecho legislado. En lo que sigue hablaremos sólo de interpretación. Igualmente llamaremos órgano a lo que Ross designe como juez.

⁷³ *Ibid.*, p. 131.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 109.

⁷⁵ Es un caso de la ambigüedad “proceso-producto”. Véase Nino, p. 9.

allá de un punto que deja abierto un número de posibilidades, entonces el intérprete debe abandonar. Si, con todo, elige una posibilidad en particular, ello no constituye el próximo paso dentro de una interpretación, sino que es una decisión motivada por consideraciones ajenas al deseo de aprender el significado de una expresión.”⁷⁶ Por regla general toda interpretación del lenguaje natural estará limitada en este sentido.

Especificada la naturaleza y límites de la interpretación científica, se proponen algunas clasificaciones: 1) por significado y por referencia; 2) subjetiva y objetiva,⁷⁷ y se hace una amplia exposición de sus problemas más comunes. Aunque Ross no pretende una exposición y análisis sistemático de los problemas, da los ejemplos y las líneas generales de su comprensión. De conformidad con la tesis de que el significado es una función de expresión, contexto y situación, los problemas pueden clasificarse en tres grupos: 1o. sintácticos, que se refieren a la estructura de la expresión o conexión de las palabras. Por lo general, apunta, no hay reglas fijas y se acude a datos no-lingüísticos para resolverlos. 2o. lógicos, que se refieren a las relaciones de las expresiones entre sí dentro de un contexto. Los casos más importantes son la inconsistencia, la reducción y las presuposiciones. 3o. semánticos, en sentido restringido, que tienen que ver con la situación, verbigracia: vaguedad y ambigüedad.⁷⁸

Al ocuparse de los factores que influyen en toda interpretación, tal y como ocurre en la práctica, no como debiera ocurrir, los divide en factores cognoscitivos y emotivo-valorativos. La teoría tradicional sostenía que el factor cognoscitivo era el “conocimiento del verdadero significado de la ley y de los hechos probados” y que el motivo era “la obediencia de la ley”. Antes de criticarla subraya Ross que el proceso cognoscitivo —conocimiento de hechos y normas— prepara la decisión y la funda, pero que ésta es, por naturaleza propia, un acto de voluntad. La crítica es entonces, por un lado, que no siendo siempre claros los significados legales ni pudiéndose arribar a ellos con certeza, el órgano introduce valoraciones. La tesis tradicional las ignora, sin advertir que no basta la actividad cognoscitiva y que el órgano tiene que elegir, lo cual es siempre una valoración.

Por otro lado es también falso que psicológicamente la obediencia a la ley sea el único motivo del órgano. En tanto ser humano sus sentimientos y sus valores contribuyen a la decisión. La tesis tradicional que considera al órgano como simple portavoz de la ley, oculta su función creadora. Toda interpretación es constructiva y está determinada por los dos factores: cognoscitivos y valorativos, no es una mera actividad intelectual.⁷⁹

Dentro de los factores valorativos le merecen especial atención los llamados factores pragmáticos. Éstos, de carácter no-lingüístico, provienen de la reflexión de sentido común sobre las consecuencias de diversas interpretaciones, valorando así sus efectos sociales, su concordancia con el sistema

⁷⁶ Ross [II], p. 117.

⁷⁷ *Ibid.*, pp. 114 y 117.

⁷⁸ Véanse los ejemplos y la exposición detallada en Ross, *op. cit.*, pp. 119-130.

⁷⁹ *Ibid.*, pp. 131 y ss.

jurídico y las valoraciones culturales. Esta interpretación, llamada también teleológica, es dividida por el autor en especificadora, restrictiva y extensiva, tratando dentro de esta última a la analogía y a la interpretación *a contrario*.⁸⁰

Finaliza Ross su análisis de la interpretación comentando que el papel creador del órgano, al precisar o enmendar la ley, se oculta argumentando que esa decisión estaba comprendida en el significado de la ley o en la intención del legislador. Para ese efecto se construye una "fachada de justificación" cuya clave es la falta de un criterio que indique qué regla de interpretación ha de usarse. Éste, dice, es un problema de psicología social ya que se quiere mantener la ficción de que el órgano sólo obedece a la ley y a los principios objetivos de interpretación. Ficción que, por lo demás, quizá tenga efectos benéficos.⁸¹

Expuesta de modo esquemático, la concepción de Ross sobre la interpretación revela un acuerdo con los postulados básicos de la teoría pura. Se distingue entre la interpretación hecha por el órgano y la científica, reconociéndose que la única que crea derecho vigente es la primera. Cierto es que la separación entre ciencia y política jurídica, aunque mantenida, es señalada como altamente problemática en la práctica. En este punto la tesis realista resulta, en verdad, más apegada a la realidad.

Igualmente se separan, por su generalidad, los problemas de la interpretación de un sistema jurídico vigente de los relativos a la construcción de una teoría de la interpretación. Como postulado común se encuentra la negativa a aceptar la tesis de que es posible encontrar los significados verdaderos del material por interpretar. Ross repite la afirmación kelseniana de que las normas son un marco abierto de posibilidades establecidas cognoscitivamente, entre las cuales se escoge mediante un acto de voluntad inspirado en valoraciones. El relativismo de ambos pensadores converge en la teoría no-cognoscitivista de la ética, según la cual es imposible decidir racionalmente entre los valores últimos. Ambos parecen aceptar, además, que se trataría de decisiones de origen emotivo.

Como consecuencia de lo anterior Ross reitera la idea kelseniana de la incorrección de la doctrina tradicional que niega el papel creador de los órganos aplicadores, calificando a tal doctrina como ideología. La teoría pura no prosigue adelante por razones metódicas, pero Ross indica cuáles son los factores no-jurídicos que intervienen en la toma de decisiones interpretativas. Las líneas de investigación que señala son fecundas y contribuirán a una mejor comprensión de los sistemas jurídicos y de su dinámica. La relación causal entre el medio y los elementos del sistema afecta indudablemente a las normas, su creación y las variaciones de su contenido, sea por reforma, derogación o simplemente por las oscilaciones en las interpretaciones que de ellas hacen los órganos.

La teoría pura, impotente para eliminar el aspecto de la relación que va del sistema al medio, queda sin argumentos que oponer al estudio de las

⁸⁰ *Ibid.*, pp. 140-146.

⁸¹ *Ibid.*, pp. 146 y ss.

relaciones del medio sobre el sistema. No se quiere decir con esto que una teoría general se ocupe de la génesis de órdenes jurídicos particulares, sino de que aumente su aparato conceptual para dar cabida a esas relaciones de las cuales dependen cuestiones insoslayables como el nacimiento, modificación y existencia misma de los sistemas jurídicos.

En el aspecto de los métodos de interpretación puede afirmarse que el trabajo de Ross contiene un valioso enriquecimiento del exiguo tratamiento kelseniano. La clasificación y análisis de los diversos procedimientos interpretativos aprovechan los rendimientos de una filosofía del lenguaje casi totalmente ausente de la obra del jefe de la Escuela de Viena. Aunque Ross coincide con su maestro en la futilidad de esperar siempre resultados unívocos, no desconoce la enorme utilidad que estas herramientas proporcionan a los juristas.

La falsa creencia de que el doctrinario deja de hacer una descripción unitaria del sistema si acepta los conflictos entre las normas, llevó a Kelsen a construcciones rebuscadas —las determinaciones alternativas— que distorsionan la actividad de lo que de hecho hacen los tribunales. La inclusión de métodos de interpretación más variados y del estudio de los factores pragmáticos explicarían mejor tales casos, sin que por ello se vea amenazada la no-contradicción que debe satisfacer la ciencia jurídica.

Por último, todos los recursos adoptados por Ross facilitan una tarea común y continua de los juristas: la crítica racional del orden jurídico. Claro está que los límites y alcances de tal crítica son difíciles de señalar en cada caso, pero la alternativa de la irracionalidad absoluta es una solución demasiado fácil y poco argumentada.

2.2.5 Aunque Ross no dice expresamente que sea una tarea de la filosofía del derecho el determinar los métodos y precisar el lugar de la ciencia del derecho con relación a las demás ciencias, sí hace algunas afirmaciones sobre el particular. Su mayor insistencia es que la ciencia jurídica sea considerada como empírica. Apoyado en una teoría general de la ciencia de corte neopositivista (el empirismo lógico del Círculo de Viena), para la cual la única distinción válida es entre ciencias empíricas y ciencias formales (lógica, matemática, etcétera), las clasificaciones de ciencias del espíritu, ciencias de la cultura y ciencias naturales le parecen infundadas. No obstante esta adhesión a la unidad de la ciencia, escribe que en virtud de que la ciencia del derecho se ocupa de normas “puede ser denominada normativa”, aunque evitando confusiones ya que es una doctrina “referente a normas y no compuesta de normas”.⁸² Esto no pasaría de ser una cuestión terminológica si hubiere logrado reducir las normas a hechos, pero, como se expuso más arriba, el elemento deber ser no es reducido totalmente a hechos y por esa razón el grado de su diferencia con la teoría pura se ve notablemente matizado.

En lo que toca a los métodos de la ciencia jurídica, su posición filosó-

⁸² Ross [II], p. 19.

fica le impone la necesidad de utilizar métodos que no estén reñidos con el empirismo, pero más allá de esta limitación no se encontrarían especificaciones precisas. Es verdad que algo se dice sobre los métodos para describir y, sobre todo, para interpretar el derecho vigente, pero no hay nada, por ejemplo, con respecto a la importante tarea de la sistematización. Una consecuencia de su empirismo es que aunque mantiene la distinción entre ciencia del derecho y sociología jurídica, el hecho de que ambas, así como sus ramas respectivas,⁸³ sean ciencias empíricas disminuye el temor por los peligros de una confusión, haciendo desaparecer el énfasis en la pureza metódica.

Se puede concluir que a pesar de que la distinción entre la teoría pura y la teoría realista del derecho parece radical, en sus tareas no se ve que exista ninguna diferencia mayor, como no la hay en sus resultados. Para el próximo capítulo se dejará la cuestión metódica, pero por lo pronto las semejanzas son determinantes. La tendencia empirista anti-metafísica no es privativa de Ross, como tampoco la de separar cuidadosamente a la ciencia de la ideología. No es aventurado decir que, en tanto teorías generales del derecho, son *relativamente* independientes de muchos supuestos y prejuicios filosóficos de sus autores, por más que influyen en ellas. No hay, entre las dos, incompatibilidades insuperables, lo que explica parcialmente el que sean denominadas positivistas.

2.2.6 Existe una tarea que Ross encuentra para la filosofía jurídica, que no corresponde exactamente a las asignadas por la teoría pura. Partiendo de que la ciencia del derecho se ocupa de exponer sistemáticamente el derecho vigente, Ross entiende por sistema “que el orden y la conexión en que se presenta el material estén dispuestos según un plan definido”. Si esto es valioso, entonces “un esquema racional de sistematización es... una tarea obvia para la filosofía jurídica”.⁸⁴

Con relación a la tarea de la ciencia jurídica se ha dicho ya suficiente en otro capítulo, en el cual se asentó la poca claridad y la ausencia de tratamientos detallados sobre la llamada sistematización. En esta parte, algunos comentarios del autor permiten entender mejor en qué tarea está pensando y qué relación tendría con la filosofía del derecho. Si se presta atención a las ventajas de la sistematización señaladas por Ross, se descubrirá que en rigor el concepto utilizado no es el más adecuado. Las razones prácticas que hacen valioso un orden sistemático son, en su opinión: 1) “como medio para hallar el camino en el complejo tema del derecho, tal como en una biblioteca los libros tienen que estar dispuestos según un plan”, y 2) sirve además de fundamento para una división del estudio del derecho, indispensable hoy en día. Las razones teóricas para la sistematización las formula así. “Si se funda en criterios relevantes ayuda al estudioso a analizar

⁸³ Las ramas de la ciencia del derecho son: la dogmática, la historia del derecho y el derecho comparado; las de la sociología jurídica son: sociología general, criminología, ciencia política, relaciones internacionales, ciencia de la administración, sociología aplicada, etcétera. Ross [II], pp. 23 y ss.

⁸⁴ [II], p. 197.

el material jurídico, revela problemas y descubre semejanzas y diferencias ocultas". Como ejemplo de estas divisiones fundamentales ofrece y trata dos: la distinción entre derecho público y privado, y entre derecho sustantivo y adjetivo.⁸⁵

Se dijo antes que el término sistematización no es el más apropiado, porque estrictamente se trataría aquí del procedimiento de clasificación. Se introduce un concepto que proporciona uno o más criterios que permiten dividir el material en cuestión, en este caso el material jurídico, en dos clases separadas claramente.⁸⁶ En esta tarea, la misión del teórico general es proponer esquemas de clasificación, es decir, conceptos clasificatorios útiles. La actitud de Ross es prudente, ya que afirma que sería inútil tratar de proponer una clasificación "sin raíces en la tradición". Por esta causa le correspondería más bien "revisar y refinar los conceptos tradicionales". Precisamente los analizados por él tienen una profunda raigambre común al sistema europeo-continental y al anglo-americano.⁸⁷

No es este el lugar para estudiar los análisis que hace Ross de estos conceptos clasificatorios, pero con vistas a la comparación de su teoría con la de su maestro, es oportuno hacer algunos comentarios. En primer término hay que consignar que la teoría pura se ocupa también de estas clasificaciones y como se verá, los tratamientos son semejantes. Por lo que toca a la división entre derecho público y privado, las observaciones del autor que nos ocupa "están de acuerdo, en lo principal, con el estudio crítico hecho por Hans Kelsen".⁸⁸ Ninguna de las teorías importantes sobre el tema puede considerarse satisfactoria. Una de las deficiencias lógicas señaladas por Ross es que la clasificación, aunque puede ser precisa, no es exhaustiva. Una buena clasificación proporciona criterios que dividen los objetos por clasificar, en clases mutuamente excluyentes y conjuntamente exhaustivas, es decir, que no hay ningún objeto que pertenezca a las dos clases y que todos pertenezcan a una o a la otra.⁸⁹ Sin embargo, a pesar de la crítica de Hans Kelsen, que hace suya, afirma que la distinción en cuestión "es todavía el sostén principal de la clasificación sistemática jurídica."⁹⁰

En lo relativo a la distinción entre derecho sustantivo y derecho adjetivo, Ross separa esquemáticamente: 1) el derecho sustantivo que describe una conducta objetiva como condición necesaria (pero no suficiente) de una sanción; 2) el derecho de las sanciones que enuncia, además de éstas,

⁸⁵ *Ibid.*, pp. 197 y ss.

⁸⁶ Véanse en Hempel, pp. 50 y ss. y en Bunge, pp. 97 y ss., las razones por las que una clasificación es llamada sistemática; mismas por las que no es claro que las clasificaciones tratadas por Ross sean sistemáticas.

⁸⁷ Ross, *op. cit.*, p. 198. En el capítulo anterior Ross estudia los conceptos de derechos *in rem* y derecho *in personam*, que si bien no sirven para establecer divisiones fundamentales, se introducen para clasificar los derechos subjetivos.

⁸⁸ Ross [II], p. 200, n. 3.

⁸⁹ Véase Hempel, p. 51. Ross señala acertadamente que no agotan el material jurídico y que, tomados en su relación recíproca "derecho público" y "derecho privado" se asemejan a "canario" y "elefante" en una clasificación zoológica. *Ibid.*, pp. 203 y ss.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 206.

las condiciones más precisas bajo las cuales pueden aplicarse (por ejemplo responsabilidad, culpa, capacidad); 3) el derecho procesal en que se consideran las condiciones adicionales que se refieren al procedimiento y sin las cuales no puede dictarse y ejecutarse la sentencia. Añade, además, que la distinción entre (1) y (2)) es fluctuante y no "es respetada en forma coherente, lo que, dicho sea de paso, sería en realidad poco deseable".⁹¹

La diferencia con la distinción kelseniana entre derecho material y derecho formal no parece, en principio, muy grande. En efecto, el derecho formal son las normas generales que regulan la organización y el procedimiento de los tribunales: el derecho procesal. El derecho material son las normas generales que determinar el contenido de los actos de los tribunales.⁹² Incidentalmente puede observarse que Kelsen discute también la clasificación de derechos *in personam* y derechos *in rem*,⁹³ a la cual llama engañosa, ya que los derechos reales son también frente a personas, y la relación con la cosa es secundaria. Además, intenta mostrar que tal distinción tiene un carácter ideológico y no teórico.⁹⁴ Ciertamente que en este tema, como en el anterior, la exposición de Kelsen es muy breve y menos detallada que la realizada por Ross.

Lo anterior conduce a creer que no hay ninguna discrepancia básica en los tratamientos de ambos autores y que, en especial en el caso de la distinción entre derecho público y derecho privado, la teoría realista desarrolla las tesis kelsianas, añadiendo con frecuencia consideraciones que no son incompatibles con la teoría pura. No obstante, es perceptible una actitud desdeñosa de Kelsen hacia tales clasificaciones, ya que su interés primordial es mostrar su carácter ideológico y con ello su falta de fundamento lógico. A pesar de ello, las razones que da Ross justifican ampliamente el intento de clasificar y de hacerlo sistemáticamente, ya que es una tarea fundamental de la filosofía jurídica, en la cual existe hasta la fecha gran confusión. El vicio tradicional al respecto, escribe Carrió, ha consistido en creer que "constituyen la verdadera forma de agrupar las reglas y los fenómenos, en lugar de ver en ellas simples instrumentos para una mejor comprensión de éstos. Los fenómenos —se cree— deben acomodarse a las clasificaciones y no a la inversa".⁹⁵ Al aceptar lo anterior, la carga ideológica de las clasificaciones se debilita considerablemente y se mantienen o acrecientan sus valores pedagógicos y heurísticos. En estas condiciones parece sensato preferir una clasificación, aunque sea defectuosa, a no tener ninguna.

Para terminar, como en otras partes de este capítulo, se insiste en que esta

⁹¹ *Ibid.*, pp. 204 y ss.

⁹² Kelsen [XX], pp. 236 y 238. En los desarrollos de la teoría pura hechos por Walter hay una distinción entre tres tipos de normas que se acercaría más a Ross. Véase Walter [I], p. 88 y [II], pp. 16 y ss.

⁹³ Kelsen [XX], p. 175.

⁹⁴ *Ibid.*, pp. 135 a 137. Compárese con el tratamiento más extenso de Ross, *op. cit.*, cap. VII.

⁹⁵ Véase Carrió [III], pp. 72 y ss. Otras reglas para clasificar que se violan a menudo pueden verse en Bunge, p. 95.

tarea es, al menos en Ross, un análisis y redefinición de conceptos jurídicos básicos dentro de la formación de una teoría. El análisis de Kelsen parece llevarlo a concluir que tales conceptos son, estrictamente hablando, prescindibles cuando no irrelevantes. Las consideraciones anteriores obligan a matizar estas radicales intenciones. Por lo demás, las diferencias son aquí, nuevamente, secundarias.

VII. DIFERENCIAS EN CUANTO AL MÉTODO

Nuevamente conviene distinguir entre la ciencia jurídica estricta o dogmática y la teoría general o filosofía del derecho, por más que los autores no siempre mantengan clara la división, como es especialmente notorio en el caso de Kelsen.

1.1 Ocuparse del método de la ciencia jurídica supone tener presente las tareas que la teoría pura le asigna a esta disciplina y tratar de formular los procedimientos que serían necesarios para llevar a cabo dichos objetivos.

En primer lugar destaca la tarea descriptiva mediante la cual se expondría el derecho positivo, por lo que cabría preguntarse por los métodos sugeridos para ejecutar este cometido. Sin embargo, dentro de las cuestiones que la teoría denomina metódicas, el énfasis es colocado más bien en las condiciones que "hacen posible" la ciencia jurídica, o en términos menos kantianos, que constituyen o determinan su ámbito. Tal delimitación del objeto de una ciencia se obtiene a base de criterios proporcionados por postulados o definiciones. El *status* de tales postulados varía según las concepciones filosóficas de quienes los avanzan. Las justificaciones kelsenianas, de origen claramente kantiano, remiten a argumentos trascendentales de los que más adelante nos ocuparemos. Otras posiciones menos pretensiosas los considerarían meras convenciones que dependen del objetivo propuesto, ofreciendo como justificación la utilidad que tiene para clarificar y explicar los problemas tradicionales de la disciplina en cuestión.¹

En este sentido el método normativo sugerido por la teoría pura parte del dualismo lógico irreductible entre ser y deber ser, entre enunciados descriptivos y enunciados prescriptivos, podría decirse.² A partir de esta división el campo de lo jurídico queda acotado como un conjunto de normas positivas cuya especificidad radica en su carácter coactivo y eficaz. A su vez, la ciencia jurídica sería el conjunto de enunciados descriptivos de tales normas. Empero, calificar la ciencia jurídica de descriptiva es insuficiente, puesto que ciertas precisiones son indispensables para entender su verdadera naturaleza. La diferencia entre ser y deber ser no coincide exactamente con descriptivo y prescriptivo, ya que Kelsen hace una nueva distinción entre los enunciados descriptivos usando como criterio el tipo de objetos que describen. La descripción de los fenómenos —naturales o humanos— por una ciencia conduce a su conexión causal, en tanto que la descripción

¹ Véase Popper, pp. 49 y ss.

² Klug [I], pp. 7-29.

de las normas consiste en la vinculación de conductas humanas vinculadas mediante el deber ser.

Las proposiciones jurídicas son descriptivas, pero tienen que “reproducir” el deber ser de las normas. Su diferencia con las proposiciones descriptivas de las ciencias causales se encuentra en el sentido específico de la descripción. La ciencia jurídica se propone, escribe Kelsen, “captar el significado específico de las reglas jurídicas”, el cual es expresado por el deber ser.³ Las normas no son meros hechos y su significado no es reducible a hechos. Kelsen señala aquí una diferencia semántica entre las normas y las proposiciones fácticas, insistiendo en que las proposiciones descriptivas de las normas den cuenta de esta diferencia de significado incluyendo la expresión deber ser en su redacción. Por esta razón las llama proposiciones de deber ser, diferentes a las normas ya que su función es descriptiva y no prescriptiva.⁴ La ciencia jurídica describe entonces, mediante enunciados normativos o de deber ser, a las normas jurídicas.

Conviene señalar que otra particularidad de la ciencia jurídica, en opinión de Kelsen, es que no es una ciencia explicativa, sino puramente descriptiva. Si la explicación es necesariamente explicación causal, esta afirmación se entiende por sí misma. Las ciencias normativas son metódicamente diferentes de las causales o, en otros términos, aunque tienen la misma estructura lógica, sintaxis, diríamos nosotros, tienen una semántica y una pragmática distinta.⁵

Esbozados los principios metódicos con que se constituye la ciencia jurídica y, en consecuencia, los rasgos específicos de su naturaleza, queda pendiente comentar la metodología que utiliza para describir su objeto. Aunque sabemos ya que no son hechos, sino normas, Kelsen subraya repetidamente que se trata de una ciencia empírica, insinuando entonces que dispondrá de los métodos que en general corresponden a tales ciencias. La afirmación de que la ciencia jurídica es empírica resulta en alguna medida sorprendente si se tiene presente que fue calificada como ciencia normativa, ciencia del espíritu y ciencia social. Sin embargo, los escasos párrafos dedicados por la teoría pura a esta cuestión permiten reconstruir lo que se quiere

³ Kelsen [XIII], pp. 163 y ss.

⁴ Esta peculiaridad advertida por Kelsen se presentó también en la lógica deóntica con la disyuntiva de tratar los enunciados normativos, sea como prescripciones o sea como descripciones de prescripciones. En este último caso, la semántica de esta lógica requerirá de las nociones modales deónticas: obligatorio, permitido, etcétera.

⁵ Kelsen no abunda en este tema, pero estudios posteriores señalan que las ciencias normativas presentan, a nivel sintáctico, una estructura similar a la explicación causal. Este otro tipo de explicación racional es llamado “justificación normativa”. Si en la explicación causal se muestra, *grosso modo*, que un fenómeno es un caso particular de una ley general de la cual puede inferirse, en la justificación normativa se muestra, mediante un sistema normativo S, que una acción p, calificada deónticamente como obligatoria, prohibida, permitida, facultada, puede inferirse de S. Igualmente se advierte que ambas pueden ser usadas como propósitos diferentes, explicar y predecir en una, justificar conducta pasada o guiar conducta futura en la otra, siendo las dos, en un sentido amplio, explicaciones racionales. Véase Alchourrón y Bulygin [I], pp. 168 y ss., y también Perelman [II], pp. 56 y ss.

decir, así como los argumentos que apoyan tal tesis. Al calificarla como ciencia empírica piensa que, en un sentido negativo, el término se conecta con la oposición tradicional entre experiencia y metafísica. Al comentar las pretensiones empiristas de Schlick que trata de reducir las ciencias normativas a ciencias de hecho, dice que coincide plenamente con el positivismo lógico en su oposición a la especulación metafísica, y que aun cuando no acepta la reducción de las normas a hechos, la descripción del derecho positivo no es menos empírica que la de la ciencia natural. El argumento utilizado es que el objeto descrito permanece dentro de los límites de la experiencia, ya que se trata de normas puestas en el tiempo y en el espacio por actos humanos, descartándose el caso de normas provenientes de instancias trascendentes y sobrehumanas.⁶

En un sentido positivo busca ahora conectar a la jurisprudencia con la experiencia sensible, con el mundo de los hechos. Su tesis es que tanto la existencia como el contenido de una norma jurídica están condicionadas por hechos "objetivamente verificables". La existencia lo está, dado que 1) la eficacia total del orden al que pertenece la norma, 2) el hecho creador de la misma y 3) la ausencia de un hecho anulador, son condiciones necesarias para afirmar la existencia de una norma jurídica.⁷ Esta afirmación es entonces, al menos parcialmente, verificable empíricamente.⁸ El contenido de una norma jurídica y el de un orden jurídico positivo se pueden determinar también, asevera Kelsen, por el método objetivo. A la existencia y contenido de las normas jurídicas "corresponde una cierta realidad social".⁹ En este contexto añade Kelsen que también los juicios que afirman que una conducta se adecua o no a una norma jurídica, son juicios empíricos "testables objetivamente con ayuda de los hechos" y, por tanto, "admisibles dentro de la ciencia del derecho".¹⁰

Así las cosas, ¿qué relevancia tiene para la metodología de la jurisprudencia el que sea una ciencia empírica? Hay que tener presente, para contestar esta pregunta, que la metodología no es una descripción de los procesos psicológicos del científico, sino una reconstrucción racional de los procedimientos con que justifica sus afirmaciones. Es, en palabras de Lakatos, un conjunto de reglas para evaluar soluciones dadas, las cuales incluyen criterios de demarcación y/o definiciones de ciencia y reglas para la aceptación y rechazo de teorías. Estas reglas no deben confundirse con las técnicas usadas para obtener los datos o para verificar hipótesis-tipos de observación, de experimentación, de contrastación, etcétera.¹¹

Hecha esta aclaración, la consecuencia de considerarla como ciencia em-

⁶ Kelsen [XIII], p. 163 y [XX], pp. 60 y ss. y 82.

⁷ No son condiciones suficientes, ni siquiera conjuntamente, ya que se requiere, en su opinión, suponer la norma básica como condición que ofrece la validez.

⁸ Kelsen [XIII], p. 48.

⁹ *Ibid.*, p. 49. En el caso del contenido interviene la interpretación, de la cual se hablará abajo.

¹⁰ *Ibid.*, pp. 48 y ss.

¹¹ Lakatos, p. 92, Bunge, pp. 25 y ss. Véase también Rudner, pp. 4 y ss.

pírica, aunque no sea ciencia fáctica, implicaría que las reglas para decidir si un juicio es científico o no, representan algún tipo de verificabilidad empírica y que la verdad o falsedad de las proposiciones jurídicas se decide apelando, en última instancia, a ciertos hechos empíricos. La peculiaridad de esta ciencia normativa estaría en que sus objetos, las normas de derecho positivo, no serían, sin embargo, reducibles a hechos o a enunciados puramente fácticos. No obstante, este derecho positivo —creado y aplicado por actos humanos que tienen lugar en el tiempo y en el espacio— señala el contexto de validación de las proposiciones jurídicas. En otras palabras, toda afirmación acerca del contenido y existencia de las normas se convalida apelando a hechos verificables.¹²

Todo lo anterior es un fuerte indicio de que la metodología empirista aceptada por Kelsen es, en términos generales, la del empirismo lógico del Círculo de Viena, con el cual coincide en el rechazo tajante de todo intento de afirmar la existencia de objetos trascendentes que no sean susceptibles de verificación empírica. Independientemente de las técnicas que utiliza la jurisprudencia, el empeño de Kelsen es hacerla una ciencia empírica, disminuyendo la distancia que con las ciencias naturales mantenían los teóricos neokantianos de las ciencias de la cultura y de las ciencias del espíritu. Esta tendencia kelseniana a la unificación metodológica de las ciencias justificó el hecho de que su artículo sobre causalidad o imputación fuese publicado en la revista *Erkenntnis*, editada por los miembros del Círculo de Viena y cuyo subtítulo era *The Journal of Unified Science*.¹³ Estas inclinaciones a la unificación empirista de la metodología científica, motivadas por sus tendencias antimetafísicas y antidualistas, no se vieron, empero, desarrolladas.

Esta tendencia no se restringía, en modo alguno, a la descripción y se supone que la interpretación de las normas jurídicas operaría únicamente con las normas cuya existencia ha sido demostrada, y que lo mismo podría decirse con respecto a la sistematización. En otras palabras, ambas tareas suponen la solución del problema empírico de la identificación de las normas del orden jurídico que se quiere estudiar, esto es, de la presencia de un criterio que identifique a las normas existentes. Se sabe ya que la solución metodológica kelseniana está en la norma básica.¹⁴ Empero, en lo referente a la interpretación, sus escasas afirmaciones acerca de los métodos de interpretación no hacen referencia a técnicas ni de la lógica ni de la semántica. En Kelsen no hay, pues, ningún tratamiento de los procedi-

¹² Para las nociones de contexto de validación y contexto de justificación, véase Reichenbach, p. 260. Ayudaría a entender la posición de Kelsen el concebir las propiedades normativas como "supervenientes" esto es, que dependen de los hechos pero no se reducen a ellos.

¹³ Véase *Erkenntnis*, vol. 8, 1939, pp. 69-130. En las últimas páginas de *Sociedad y naturaleza*, puede leerse la opinión de Kelsen en el sentido de que el dualismo naturaleza-sociedad es problemático y que no hay obstáculo, en principio, para considerar a la sociología como ciencia natural. Véase el cap. VII.

¹⁴ Véase para críticas Raz [I] y [II], y Alchourrón y Bulygin [I], pp. 72 y ss.

mientos o técnicas conforme a los cuales los juristas interpretarán y sistematizarán el material identificado.

Ciertamente que la tarea sistematizadora no puede ser una mera repetición o reproducción de las normas positivas, y que tanto la construcción como la reformulación de un conjunto de normas plantean una serie de problemas lógicos que se refieren a las relaciones entre las normas y que exigen una consideración minuciosa.¹⁵

1.2 Extraordinariamente marcada es en Ross, desde [I], la tendencia a calificar a la ciencia jurídica como una disciplina empírica. Se transcribieron y comentaron ya los pasajes en que la presenta como doctrina sobre la conducta humana, sobre fenómenos psico-físicos y sociales. En ellos se aboga por un método empírico, aunque nunca se precisó en qué consistía. Claramente se rechazaban todos los intentos metafísicos de jusnaturalismo, así como el método normativo de la teoría pura. El método por usarse sería el de una ciencia social, aparentemente igual al método de las ciencias naturales, hecha la salvedad de que el objeto de la ciencia jurídica no sería la conducta real, sino los fenómenos psíquicos y sociales dentro de los cuales se incluía a las normas como simples racionalizaciones.¹⁶

Las consideraciones introducidas en [II] permiten ser más explícito en relación con el método de la ciencia jurídica. El punto de partida sigue siendo someter a la ciencia del derecho a la metodología empirista moderna, en particular a "los patrones de observación y verificación".¹⁷ En sus tareas de describir, sistematizar, interpretar y predecir el derecho vigente, habrá de apegarse a los principios empiristas, pero no se dice siempre expresamente cómo y en qué medida.

En primer lugar, la descripción del orden jurídico vigente equivale al descubrimiento del contenido ideal —ideología— que funciona como esquema de interpretación del derecho en acción. En este proceso la relevancia del método empírico se sugiere al decir Ross que esta ideología es una abstracción de la realidad social. Por esta razón los métodos empíricos de la sociología jurídica son indispensables para probar cuál es el derecho vigente. Sólo tal sociología puede decirnos cuáles son las acciones sociales interpretables por las normas jurídicas.¹⁸ La hipótesis inicial que formula Ross es que un conjunto de normas "está vigente" o "es derecho vigente", si sirve como esquema de interpretación de un conjunto de acciones sociales, esto es, si nos permite "comprenderlas como un todo coherente de significado y motivación y... predecirlas".¹⁹

Más adelante especifica este autor cuál es el método para averiguar si una norma es derecho vigente, es decir, si la proposición jurídica acerca de esa norma es verdadera. Fiel a su distinción entre normas de conducta y normas de competencia, principia por las normas de conducta. De inme-

¹⁵ Véase Alchourrón y Bulygin [I], pp. 78 y ss.

¹⁶ Véase *op. cit. supra*, cap. IV.

¹⁷ Ross [II], p. xiii.

¹⁸ *Ibid.*, pp. 19 y ss.

¹⁹ *Ibid.*, p. 34.

diato declara su aceptación del empirismo advirtiéndole que, en tanto proposiciones acerca de la realidad (en oposición a las de la lógica), implican necesariamente experiencias directas o consecuencias verificables. Los enunciados referentes al derecho vigente aludirán entonces a que, dadas ciertas condiciones, se darán en el futuro ciertas decisiones de los tribunales.

Es obvio que tanto la condición, como la consecuencia tienen que ser empíricamente verificables, constituyendo por tanto una predicción de decisiones jurídicas futuras que parecen agotar "el contenido real" o significado de las afirmaciones de la ciencia jurídica. No desconoce Ross, sino que más bien recalca, el carácter relativo y probable de tales afirmaciones. Sin embargo, su conclusión sigue siendo que las aserciones de la ciencia jurídica referentes al derecho vigente son "una predicción de acontecimientos sociales futuros".²⁰

Con relación a la verificación de las proposiciones jurídicas referentes a normas de competencia, se sigue, en principio, la misma línea, dado que son "normas de conducta indirectamente formuladas". En este caso las consecuencias empíricas que permitirían confirmar o refutar la veracidad de tales proposiciones son la anulabilidad y la responsabilidad que se observarían en caso de no seguirse las condiciones fijadas por la norma de competencia.²¹

Hasta este momento se ha hablado de descripción del derecho vigente como algo diferente de su interpretación. Es claro que toda descripción, sin embargo, implica una interpretación y que, como sabemos, los enunciados normativos son susceptibles de múltiples interpretaciones. En este punto Ross insiste en su perspectiva empirista y recomienda la búsqueda de la "interpretación vigente" que habrá de hacerse con procedimientos empiristas. El "buen método jurídico" es que el jurista formule sus interpretaciones con un grado de certeza considerable, escribe Ross, o para decirlo en otras palabras, debe tener fundamentos en las experiencias presentes y pasadas para predecir. Esta sería una distinción metodológica entre la teoría y la política; ya que cuando el grado de certeza con que el jurista hace sus interpretaciones predictivas es pequeño, se trataría más bien "de consejos y sugerencias para los jueces" que de ciencia. No se le oculta que, sin embargo, las predicciones hechas por los juristas pueden afectar los resultados previstos, peculiaridad bien conocida en las ciencias sociales. Por todo ello no vacila en reconocer que no es posible trazar una división tajante entre ciencia y política jurídica.²² Conviene recordar que, aparte del método empirista defendido también con respecto a esta tarea, anteriormente nos ocupamos de los métodos de interpretación como técnicas lógicas y semánticas específicas para cumplirla.

La última tarea por mencionar es la llamada sistematización, ya que

²⁰ No está de más recalcar que el método aquí esbozado es el *rationale* en que se basaría la aceptación o rechazo de tales afirmaciones, y no las técnicas con que se llevarán a cabo tales verificaciones. *Ibid.*, párrafo IX.

²¹ *Ibid.*, párrafo X.

²² *Ibid.*, pp. 44 y ss. y 105 y ss.

Ross reconoce que la exposición del contenido —ideología— normativo se hará en “un sistema integrado”.²³ A este respecto se dijo ya que tal sistematización facilitaría el conocimiento y aplicación del derecho vigente. Las razones de su realización son por tanto teóricas y prácticas. El empirismo proporcionaría los límites metodológicos de lo que habría que denominar derecho vigente y, por tanto, del material con que se ha de operar y en el que se han de fundamentar las afirmaciones de la jurisprudencia. Sin embargo, en un sentido más estricto y quizás más propio de método, nada se encuentra respecto a los procedimientos por seguir para tratar el problema de la sistematización.

En principio ambos filósofos están, pues, de acuerdo con el empirismo en tanto implica que las afirmaciones acerca del derecho positivo tienen que verificarse con hechos. Se rechazan, de este modo, las tesis de una metafísica platonizante que intentó colocar a las normas en un mundo trascendente. Este grado de empirismo es sano y aceptable. Las aparentes diferencias metodológicas quedan un tanto oscurecidas por la imprecisión con que usan el término método y por otras confusiones que conviene aclarar antes de justipreciar tales diferencias.

Se ha observado ya que en ocasiones el término método es usado en un sentido tan amplio que incluye las convenciones que delimitan el objeto de conocimiento, o menos pretensiosamente, el campo de problemas de una disciplina. En un sentido más restringido se habla de técnicas y procedimientos para resolver dichos problemas. Ciertamente que el nivel en el que se colocan las posibles divergencias entre nuestros autores parece ser el primero; por lo cual se le dedicará una particular atención. Por otro lado, también es cierto que la metodología de la ciencia jurídica ha sido muy descuidada, incurriéndose comúnmente en el error de construir un conjunto de reglas prescriptivas sobre cómo deberá hacerse la ciencia, en lugar de atender a lo que de hecho han venido haciendo los juristas. Como consecuencia de tal tendencia no sería difícil que la ciencia del derecho tuviese más tareas que las consideradas por el teórico general, o que quizás algunas de las tareas fijadas por él no sean ejecutadas por los científicos.²⁴

En lo que al sentido amplio de “método” se refiere, la delimitación del objeto supone cuestiones ontológicas, lógico-lingüísticas y epistemológicas, en cada una de las cuales podría hablarse de empirismo.

En el aspecto ontológico podría discutirse, por ejemplo, qué clase de entidades son las normas, si son fenómenos físicos, lingüísticos, mentales o de otro tipo. Ambos autores son parcos en el tema, pero parecen coincidir en aceptar objetos no físicos, de carácter abstracto y que pueden llamarse construcciones lógicas o conceptuales hechas a partir de datos empíricos. Las normas serían entidades de este tipo y, a diferencia de las normas trascendentes del derecho natural, son susceptibles de una descripción y de una

²³ *Ibid.*, p. 19.

²⁴ A partir de la obra de Kuhn, la idea de lo que es una teoría científica y cómo se desarrolla ha sido seriamente cuestionada. Véase Stegmüller, cap. V, y la abundante bibliografía sobre el tema citada al final de ese texto.

verificación empíricas. La insistencia en la positividad y en la vigencia es reveladora de una actitud común que bien puede llamarse empirista o positivista.

En el plano lógico-lingüístico Kelsen es particularmente pobre en el señalamiento de la sintaxis y la semántica que subyacen a su modo de ciencia jurídica. En ambos, pero en especial en Ross, se dibuja la idea de un lenguaje científico diferente del lenguaje ordinario, cuestión a la que ya nos referimos antes. Debido a esto, la objeción de Ross al deber ser kelseniano, que parece ser una objeción de tipo semántico, nunca se discute con claridad. Parecería, en principio, que Ross pretende reducir el lenguaje normativo, esto es, el lenguaje de las normas a un lenguaje puramente descriptivo. Este intento, perseguido en el nivel metalingüístico de las proposiciones jurídicas que describen y explicitan el significado de las normas, es una preocupación más que un logro de Ross. En su última obra, de la que ya se dijo algo anteriormente, ese intento por formular una lógica y una semántica de las normas queda inconcluso, y fracasa. De cualquier manera, aunque va más allá de Kelsen, no puede decirse que lo contraríe, ni tampoco que sea más empirista en su metodología.²⁵

En el ámbito epistemológico ambos rechazan la tesis kantiana de un conocimiento que pudiera mostrar normas absolutamente válidas.²⁶ Ninguno es tampoco racionalista en el sentido tradicional y al aceptar la tesis verificacionista para la ciencia jurídica se ponen prácticamente del mismo lado.²⁷ Aun hablando los dos expresamente de ciencia empírica, una diferencia metódica importante se sugiere cuando Kelsen califica a la ciencia del derecho, de ciencia del espíritu.²⁸ Este término se opuso con frecuencia al de ciencias naturales, precisamente con el argumento de una esencial diferencia en el método. Las ciencias naturales usaban del método causal-explicativo, mientras que las del espíritu apelaban a la comprensión racional (*Verstehen*).

La diferencia entre nuestros filósofos no es empero perceptible. Ambos consideran a la ciencia del derecho como una ciencia social y, más aún, es Ross quien declara que el sistema de normas sirve como esquema de interpretación para "comprender" un conjunto de acciones sociales "como un todo coherente de significado y motivación".²⁹ Si las normas vigentes permiten la comprensión de los fenómenos sociales y la ciencia jurídica expone tales normas, se concluye que tal ciencia hace posible la comprensión de las acciones y no sólo su explicación en el sentido de la ciencia

²⁵ A este nivel la divergencia concierne a posiciones filosóficas que se verán más abajo.

²⁶ Ross remite constantemente a su primera obra que se llama precisamente *Critica del llamado conocimiento práctico*, y Kelsen en [XX], p. 415, lo rechaza también citando expresamente los argumentos de esa obra de Ross, para quien el concepto de conocimiento práctico es contradictorio.

²⁷ La diferencia parecería estar en lo que respecta al *status* de la filosofía, de lo cual se habla también más abajo.

²⁸ Kelsen [XX], p. iii, que reproduce el prólogo a la primera edición.

²⁹ Ross [II], p. 34.

natural. Estas afirmaciones, extraídas de Ross, resultan curiosas si se recuerda que todos los empiristas defienden el monismo metodológico, es decir, la existencia de un solo método científico y la tesis de la unidad de la ciencia.³⁰ En suma, por un lado ambos autores manifiestan una tendencia monista, sin lograr probar sus pretensiones y, por otro, ninguno logra reducir totalmente los resultados de la ciencia jurídica al modelo explicativo de la ciencia natural.

En un sentido restringido, "método" abarcaría tan sólo las técnicas y procedimientos para resolver problemas dentro de una ciencia. Hemos visto que a este respecto es poco lo que se encuentra en ambas teorías con relación a la descripción y sistematización de las normas. En Ross existe, en cambio, un amplio tratamiento de los métodos o técnicas de la interpretación, ausente de la teoría pura.

En todo caso parece útil distinguir en este ámbito, siguiendo a Alchourrón y Bulygin, dos tipos de problemas: lógicos y empíricos. Así, pueden señalarse como problemas empíricos típicos de la ciencia jurídica moderna; la búsqueda de criterios para saber si una norma pertenece o no a un sistema jurídico determinado o si una interpretación es o no vigente. En este punto la respuesta de la teoría pura es la norma básica, la cual en gran medida se elige conforme a la experiencia.³¹ La tesis de Ross es, con mayor énfasis, de carácter empirista, ya que es conforme a esta metodología que se identifican las fuentes formales del derecho vigente.³²

Entre los problemas lógicos se destacan los relativos a la interpretación, implicada en toda descripción, en la cual se buscan las consecuencias que se siguen lógicamente de las normas. En la sistematización recuerdan los autores argentinos que por tratarse de una reformulación del sistema, el uso de procedimientos lógicos estrictos es indispensable para garantizar que tal reformulación tenga las mismas consecuencias normativas que el sistema original, evitándose así la modificación del derecho hecha por el jurista al pretender simplemente describirlo y ordenarlo.

Todo lo anterior hace ver que ciertamente la ciencia jurídica es empírica y utiliza métodos empíricos, aunque de ningún modo puede aceptarse que sea puramente empírica y no utilice métodos lógicos. No hay, dicen con razón Alchourrón y Bulygin, ciencia puramente empírica.³³

En conclusión, las diferencias metodológicas con relación a la ciencia

³⁰ Stegmüller, p. 104. Para considerar objeciones serias contra esta tesis véase Von Wright [III], quien distingue el método explicativo de la ciencia natural, del método de la "comprensión" de las ciencias del espíritu, llamadas también sociales o del hombre. En este sentido se pronuncia también Winch.

³¹ "La norma básica de un orden jurídico nacional no es el producto arbitrario de la imaginación jurídica. Su contenido está determinado por hechos" [XIII], p. 120. Una norma básica de carácter más empírico se encuentra en la "regla de reconocimiento" de Hart, *The Concept of Law*, cap. VI.

³² Recuérdese que Ross termina hablando también de una norma básica. Una solución diferente a la norma básica, sea la de Kelsen, la de Ross o la de Hart, se encuentra en Raz [IV].

³³ Alchourrón y Bulygin [I], pp. 50 y ss., 65 y ss.

jurídica entre ambas teorías son ciertamente mínimas y menores que sus similitudes de carácter empirista.

2.1 Es bien sabido que en la historia de la filosofía se han postulado diversos métodos, declarándoseles a menudo como los únicos e identificando a la filosofía como el uso de éstos.³⁴ Antes de tratar de clasificar a Kelsen y de considerar cuáles son sus pretensiones respecto al método filosófico, conviene hacer una aclaración.

En la primera parte de la obra se dijo que el jefe de la Escuela de Viena no hablaba de su teoría como parte de la filosofía del derecho, sino como una teoría general del derecho. Sin embargo, los alcances filosóficos de su teoría son bastante obvios. Sostiene, como sabemos, que el conocimiento "crea su objeto". A partir del material dado a los sentidos, el proceso cognoscitivo opera conforme a sus "leyes inmanentes" y es esta legalidad del conocimiento la que garantiza la validez objetiva de sus resultados. Estas leyes son las condiciones objetivas del conocimiento, en sentido kantiano, sus condiciones de posibilidad.³⁵ Al proporcionar tales condiciones la teoría pura aspira a ser una teoría del conocimiento jurídico y, en ese sentido, no puede negar su carácter filosófico trascendental.

Siendo así, la pregunta es cómo se obtienen tales condiciones y cuáles son. Puede contestarse señalando que las condiciones son los principios, categorías y conceptos a los que se debe ajustar la ciencia jurídica si quiere producir resultados objetivos. En otras palabras, es el aparato conceptual o marco categorial de la ciencia jurídica que clasifica y organiza el material jurídico.³⁶ Aunque se han apuntado ya anteriormente cuáles son estos postulados, categorías o principios y conceptos (deber ser o imputación, norma básica, definición del derecho, etcétera), es el momento de inquirir cómo se obtienen. El marco categorial ¿es descubierto, inventado o construido conforme a ciertas reglas?, ¿es de un carácter absoluto o relativo?

El camino seguido por Kelsen para obtener el marco conceptual de la ciencia jurídica es semejante al emprendido por Kant al inquirir por las condiciones del conocimiento teórico en general. Kant, como otros filósofos, buscaba descubrir los conceptos más generales y formular los principios que explicaran su aplicabilidad. Igualmente intentó diferenciar las categorías, mostrar sus relaciones y su relevancia para el pensamiento científico. Este marco categorial construido por Kant resultó de un análisis del pensamiento científico de su tiempo.³⁷

Aun cuando vimos un texto en el que Kelsen sugería que los conceptos básicos se obtenían a partir de la idea del derecho, la tendencia general y el resto de los textos hablan de un análisis lógico practicado sobre los enunciados con que la ciencia jurídica describe su objeto. A través de este

³⁴ Körner [II], p. 20.

³⁵ Kelsen [IX], pp. 335 y ss.

³⁶ Véase con respecto a la noción de marco categorial Körner [III].

³⁷ Körner [II], pp. 192 y 214.

análisis se establecen las presuposiciones bajo las cuales es posible hacer afirmaciones sobre el derecho positivo.³⁸

En este contexto conviene introducir una distinción muy conocida entre dos tipos o técnicas de análisis filosófico. En tanto tipos usados con propósitos clasificatorios tienen un carácter relativamente ideal, con lo cual se quiere decir que los filósofos han sido catalogados según su mayor o menor cercanía al tipo en cuestión. Los llamados filósofos del "lenguaje ordinario" creen que el análisis lógico tiene por objeto representar tan precisamente como sea posible el lenguaje analizado. El extremo opuesto, denominado a veces "filosofía del lenguaje formal", ve como tarea revisar el uso ordinario de los conceptos y, en ocasiones, construir un lenguaje lógicamente perfecto o ideal.³⁹ No cabe duda de que el punto de partida de la teoría pura es el lenguaje de los juristas, entendido como un lenguaje relativamente técnico o científico. Lo importante es decidir si el método kelseniano se limita a describir las pautas del comportamiento de tales expresiones y términos, o pretende más bien construir un modelo de cómo deberán usarse tales términos y expresiones para evitar confusiones e inconsistencias.

No es necesaria una detallada revisión de la obra kelseniana para advertir una clara tendencia constructiva. En efecto, propone usos nuevos para la palabra deber ser. Igualmente rechaza otros usos tradicionales de los conceptos ilícito y consecuencia del ilícito, por incluir en ellos elementos morales valorativos que la relatividad de los juicios de valor hace indefendible objetivamente, ya que conducen a inconsistencias. También rechaza distinciones acostumbradas como la hecha entre norma jurídica y deber jurídico, determinando este último concepto como una mera función de la norma y vinculándolo "esencialmente" al concepto de sanción.⁴⁰ Ciertamente es que en algunos párrafos muestra una tendencia al simple registro o exhibición de las reglas de uso o, más en una línea kantiana, de los presupuestos de ciertos juicios de la ciencia jurídica. Tal es el caso de la norma básica, indispensable para interpretar ciertos actos como jurídicos.⁴¹

Como se apuntó más arriba, su respeto al lenguaje ordinario se limita a preferir, en igualdad de circunstancias, un concepto coincidente con el uso común.⁴² En ese mismo párrafo escribe que "podemos definir libremente los términos que queremos usar como herramientas en nuestro uso intelectual. La única cuestión es si sirven para el propósito intelectual al que los destinamos". En vista de lo anterior no es sorprendente que el método kelseniano haya sido expresamente calificado como "reconstrucción racio-

³⁸ Véase Kelsen [XVII], p. 612.

³⁹ Para la contrastación de los dos métodos, véase Körner [II], pp. 26-32 y Savigny [II], así como la discusión entre Carnap y Strawson en Carnap [I], pp. 503-518 y 933 y 940.

⁴⁰ Véase Kelsen [XX], pp. 10, 117, 120.

⁴¹ *Ibid.*, p. 47.

⁴² Véase Kelsen [XIII], p. 4.

nal".⁴³ Esto, sin embargo, no significa, como es obvio para cualquier lector de Kelsen, que su clarificación filosófica haga uso, como es común entre los constructivistas, de las técnicas rigurosas de la moderna lógica formal y de la semántica.

Las consecuencias de clasificar a Kelsen, utilizando sin reservas una tipología utilizada para la filosofía analítica contemporánea, representarían una cierta distorsión de su método filosófico. Al no recurrir a las modernas herramientas de la lógica y de la semántica, su análisis filosófico es más bien de un estilo tradicional que recordaría y seguramente se inspiró en Kant. Al clasificar a Kant, Körner ha dicho que llevó a cabo un brillante análisis en el que exhibió las reglas de uso del lenguaje común y científico de su tiempo.⁴⁴ Ciertamente que si comparamos el trabajo de Kant con los análisis modernos del lenguaje ordinario, se notarán grandes diferencias. Entre estos filósofos, particularmente localizables en Inglaterra, existe la preocupación de atender al funcionamiento del lenguaje ordinario, discerniendo *qué* aspectos de este empleo son de interés y *por qué* razón. Quieren saber, dice Strawson, por qué nuestro aparato conceptual actúa como lo hace y como está enraizada la naturaleza de nuestro pensamiento en nuestra naturaleza y en la del mundo.⁴⁵ No es extraño entonces que, después de todo, el método kantiano haya sido comparado más bien con el método del *Tractatus* de Wittgenstein, ejemplo clásico de construcción formal ideal, que con la obra de Ryle o de J. L. Austin.

En conclusión, parecería que Kelsen lleva a cabo un análisis constructivista, pero sin la herramienta moderna y que, en consecuencia, su punto de partida y su punto de llegada siguen en el nivel del lenguaje ordinario. El método de reconstrucción racional recurre, desde su aparición expresa en Carnap, a un metalenguaje formal,⁴⁶ mientras que el método del lenguaje ordinario no dispone de ese metalenguaje y el filósofo tiene que, en palabras de Strawson, "hacerse sus propias herramientas". Lo anterior no quiere decir, por supuesto, que su metavocabulario para describir y clasificar no deba ser lo más sistemático posible.⁴⁷

La obra del Kelsen es, pues, diferente metodológicamente a un caso clásico de filosofía analítica del lenguaje ordinario en el área del derecho, como lo es *El concepto de derecho* de Hart, pero también difiere considerablemente, en las técnicas usadas, de una reconstrucción racional típica como la que llevan a cabo por ejemplo Alchourrón y Bulygin con la noción de sistema normativo. La pretensión de Kelsen, como lo era la de Stammler y también la de Carnap, era construir un sistema de conceptos a partir de ciertos conceptos fundamentales de los cuales puedan derivarse los demás. La diferencia notable reside en las técnicas y herramientas empleadas.

⁴³ Golding, p. 71, Carrió [II], pp. 10 y ss., y mucho antes que ellos F. Kaufmann [II], p. 384.

⁴⁴ Körner [II], p. 214.

⁴⁵ Strawson [I], pp. 126 y ss.

⁴⁶ Carnap [II] y [III].

⁴⁷ Strawson en Carnap [I], p. 503.

Las afirmaciones anteriores permiten abordar otra cuestión, especialmente relevante en una comparación con Ross. ¿Es verdad, tal y como se asentó más arriba, que la teoría pura se mantiene en el nivel del lenguaje ordinario? ¿Parte del lenguaje ordinario o de un lenguaje científico? ¿Qué cambios introduce exactamente?

Para empezar conviene dejar asentado que, salvo el caso de las ciencias formales, el límite entre lenguaje natural y lenguaje científico no está rígidamente marcado.⁴⁸ El llamado lenguaje de la ciencia jurídica o lenguaje de los juristas, es una parte del lenguaje corriente, y aun cuando tiene partes técnicas, sus elementos más importantes nos son familiares y necesarios para nuestra orientación en el mundo.⁴⁹ Los conceptos utilizados por el jurista son revisados y reconstruidos de manera más exacta y fructífera con objeto de formar una teoría o marco conceptual sistemático.⁵⁰ En el caso de que la teoría pudiese ser axiomatizada a partir de las teorías existentes, se podría hablar de una metateoría, pero es claro que en el campo de la ciencia jurídica esto no es sino una esperanza. Más bien se pasa de una parte del lenguaje de los juristas a otra parte más precisa, pero sin que propiamente pueda hablarse de dos lenguajes distintos de diferente nivel.⁵¹

En resumen, la teoría pura no introduce la distinción de niveles de lenguaje y ni siquiera la noción de lenguaje, sea éste legal (de las normas) o jurídico (de los juristas). No es entonces una metateoría, sino una revisión de las teorías generales existentes o, mejor dicho, una nueva teoría general que pretende mostrar claramente cuál es la esencia y la estructura del derecho. En otras palabras, aspira a resolver al menos algunos de los problemas filosóficos del derecho.

En este punto conviene volver sobre la cuestión de si lo que hace la teoría pura es o no filosofía. Tradicionalmente se ha supuesto que la filosofía del derecho ha de resolver cuál debe ser el contenido del derecho, pero a la luz de la filosofía kantiana y neokantiana, la filosofía se ocupa de los fundamentos y condiciones puramente formales del conocimiento. En este sentido la filosofía jurídica tratará de determinar la mera forma del derecho positivo. Aun cuando el propio Kant en el terreno de la moral y Stammler en el del derecho, no se contentaron con un formalismo estricto y buscaron determinar el contenido a través de la forma, el formalismo estricto de Kelsen coincidía con una concepción de la filosofía originada en Kant, por lo cual está plenamente justificado calificar a su teoría como filosófica.⁵²

⁴⁸ Carnap [I], p. 934.

⁴⁹ Olivecrona, p. 7 y Capella, pp. 242 y ss. La posición de este último autor no es muy clara al respecto, pero pueden verse sus distinciones de los niveles del lenguaje jurídico en el primer capítulo.

⁵⁰ Carnap [I], p. 934.

⁵¹ El hecho de que se hable de expresiones lingüísticas y no de objetos supone una diferencia de niveles de lenguaje, pero no necesariamente la existencia de dos lenguajes diferentes: uno ordinario y otro científico.

⁵² Weyr [I], pp. 501 y ss. Recuérdese, empero, que Kelsen mismo se negó a ello, aun cuando calificó a su doctrina como teoría del conocimiento jurídico.

Al clasificar a la teoría kelseniana como formalista, se implica de alguna manera que utiliza un método formal y ello obliga a tratar de esclarecer qué se entiende en ella por método formal. Se sabe que Kelsen fue muy parco en la distinción entre forma y materia, insistiendo siempre en que era una distinción relativa. En otras palabras, un conocimiento es formal en relación con algo, dependiendo su grado de formalidad del contenido sensible.⁵³ Ciertamente que los conceptos de la teoría pura, a diferencia de los puramente formales de la lógica y la matemática que no tienen referencia fáctica, se aplican a objetos de la experiencia. Aunque tal aplicación no sea directa en vista de que se trata de una teoría general y no de dogmática de un sistema jurídico positivo, se trata de conceptos cuyo sitio natural es la ciencia y cuyo uso facilita la descripción del derecho. Más aún, la definición de estos conceptos alude a fenómenos reales como la coacción o uso de la fuerza, la existencia de conductas que crean y aplican las normas, etcétera.

Por lo demás, dos propósitos justifican el “formalismo” de la teoría. Si se pretende elaborar una teoría general, es correcto creer que sólo los conceptos formales pueden ser suficientemente generales, por más que la mayor generalidad no coincide necesariamente con el mayor formalismo.⁵⁴ Por otra parte, al oponerse a la doctrina del derecho natural, se niega que existan contenidos necesarios para todo derecho positivo. En opinión de Kelsen todas esas afirmaciones conducen a la ciencia jurídica al nivel de una ideología. Es bien sabido que según su famoso *dictum* el derecho puede tener cualquier contenido⁵⁵ y, en ese sentido, su teoría es aplicable a todo derecho posible.⁵⁶

Pero si bien lo anterior explica de algún modo el formalismo kelseniano, aún queda por averiguar cómo se obtienen tales conceptos. En otras palabras, si su carácter formal fuese absoluto, no habría duda de que serían totalmente independientes de la experiencia. Empero, se dijo ya que se toman del contenido de las normas del derecho positivo o, mejor aún, de los enunciados que describen a tales normas. ¿Le quita ello su independencia de la experiencia? ¿Se convierte en empírico el método de su obtención como se ha querido interpretar a Kelsen? El hecho de que se descubran examinando los pensamientos y juicios de la ciencia jurídica no implica

⁵³ En esto se distinguiría del dualismo *a priori-a posteriori* que es absoluto. Sólo la lógica formal lo sería de manera absoluta, pero no así la teoría pura que tendría meramente un carácter relativamente formal. Véanse los comentarios de F. Kaufmann, miembro de la Escuela de Viena, en [I], p. 22.

⁵⁴ F. Kaufmann [I], p. 23.

⁵⁵ Véase en contra, Hart [I], p. 23.

⁵⁶ Para evitar los equívocos a que conduce el término “formal”, cuyo sentido en la lógica es bastante preciso, quizá convenga más decir que la teoría del derecho, al pretender explicar todo sistema jurídico, tiene que referirse a características muy generales y abstractas poseídas por todo sistema jurídico. Véase en ese sentido Raz [V], pp. 490 y ss. Sobre la conveniencia de los conceptos generales y abstractos en las teorías puede verse Bunge, pp. 431 y ss. Sobre los diversos sentidos de “formalismo jurídico”, consúltese Bobbio [V], cap. I.

que se abstraigan de la percepción. Es claro que de ellos no puede inferirse ningún juicio acerca del contenido del derecho positivo presente, pasado o futuro, aunque no es menos cierto que se refieren a objetos de la experiencia. La mejor manera de entenderlos es entonces interpretarlos como conceptos teóricos, a partir de los cuales se forman reglas para construir una teoría científica de cierto tipo. El método de descubrimiento es, como ya se vio, un análisis lógico de los presupuestos de la ciencia jurídica tradicional y, por consiguiente, no un método empírico.⁵⁷

Esta línea de argumentación, paralela a la de Kant, conduce a un problema importante. Hay que tener presente que este filósofo pretendía haber descubierto un marco categorial tanto por la ciencia, como para la moralidad. El análisis no se limitaba, empero, a la exhibición de tal marco conceptual, sino que intentaba justificarlo —deducción trascendental— como único, indispensable, completo e incorregible. Estas últimas pretensiones, sin embargo, no pueden considerarse cumplidas por Kant.⁵⁸

En el caso de Kelsen, no es claro si se tienen las mismas pretensiones. Se ha visto ya que en su segunda época admitía que su sistema conceptual podía ser incompleto y, en ese sentido, corregible. No se señalaba, sin embargo, si tal corrección se limitaría a nuevas divisiones de los conceptos existentes, o si cabría la posibilidad de introducir nuevos conceptos básicos. Menos aún se pronunció respecto a la posible sustitución de su aparato conceptual por otro, aunque era perceptible una actitud cada vez más abierta. Estas reflexiones apuntan a una cuestión sobre la cual aún está pendiente una investigación detallada y que se refiere al grado de dependencia que tiene la teoría pura con la filosofía kantiana y neo-kantiana.⁵⁹

La mayor o menor independencia de la teoría no niega, en modo alguno, la indudable influencia de ciertos supuestos filosóficos neokantianos en el método kelseniano y en sus resultados. Esto permite comprender fácilmente el hecho de que la lista de conceptos jurídicos fundamentales ad-

⁵⁷ El paralelo con Kant es evidente. Véase Körner [IV], pp. 44 y ss., 100 y ss.

⁵⁸ Se ha argumentado que son, por lo demás, pretensiones imposibles de satisfacer. Véase Körner [I], [II], p. 215 y [III], p. 72.

⁵⁹ Como puntos de partida de tal investigación pueden citarse las opiniones de Treves, quien ve en Cohen la influencia filosófica más importante. En cambio, de los miembros de la Escuela de Viena vale la pena citar a F. Kaufmann [II], p. 389, para quien la crítica metodológica de la teoría pura es perfectamente aceptable, por más que los supuestos filosóficos neokantianos sean rechazables. En igual sentido declaró Kuntz, p. 114, que la verdad de la teoría pura era independiente de la filosofía neokantiana de Marburgo. Un discípulo ortodoxo de Kelsen ha escrito recientemente que, sin desconocer la influencia del neokantismo, una teoría científica del derecho, como la teoría pura, puede fundamentarse en toda filosofía dirigida al conocimiento, y no a concepciones del mundo y de la vida, dando como ejemplo al neopositivismo surgido del Círculo de Viena; véase Walter [I], p. 74. Bobbio [III] va aún más lejos y afirma que el estudio de Kant no es necesario para comprender a Kelsen. Convendría tener presente, también, los resultados muy similares obtenidos por la jurisprudencia analítica: Austin, Hart y Raz, desde una perspectiva filosófica muy diferente. Aunque Schuman intenta distinguir al positivismo jurídico de la jurisprudencia analítica, Hart ha llamado a Kelsen "el más importante jurista analítico", y los críticos de Hart lo denominan a él positivista.

mitidos por Kelsen difiera de otros catálogos originados en teóricos que parten de supuestos y métodos diferentes.⁶⁰

En conclusión, el método y los supuestos de la teoría pura del derecho conducen a la construcción de un marco conceptual que integra una parte de una teoría general destinada a orientar una descripción científica del derecho. Como tal, no es directamente refutable por la experiencia y su adecuación se discute al compararla con otras teorías generales y al poner a prueba su compatibilidad con los hechos de la ciencia.

2.2 Aunque Ross reconoce que los límites entre la ciencia y la filosofía jurídicas no son estrictos, está dispuesto a afirmar que su teoría es, en términos generales, filosófica. Su concepción de la filosofía es, claro está, distinta de la tradicional, ya que se suscribe incondicionalmente al moderno empirismo. Las fuentes de este pensamiento en que se inspira Ross son, por un lado, su maestro Hägerström y, por otro, las tesis del neopositivismo originadas en el Círculo de Viena, teniendo ambas como denominador común el rechazo a toda metafísica.

Conforme a tales enfoques declara que la filosofía “no es teoría sino método. Este método es el análisis lógico”. La filosofía se reduce entonces a “lógica de la ciencia y su objeto al lenguaje científico”.⁶¹ Conforme a estas ideas, la filosofía del derecho se identificaría con su método y no sería propiamente una teoría, ni siquiera una teoría general. Esta concepción, formulada en los términos en que lo hace Ross, ha sido calificada por Kalinowski como “un poco vaga y oscura”. En efecto, tras de señalar que la filosofía no es teoría sino método, reconoce que la filosofía es lógica. Acertadamente observa Kalinowski que la lógica es una ciencia, y que llamar “lógica” al método fundado en la lógica-ciencia es una metonimia. El método es propiamente un conjunto de operaciones cognoscitivas o, si se quiere, un conjunto de reglas que determinan estas operaciones. La lectura de la obra de Ross presenta una filosofía del derecho que no es, empero, un método cognoscitivo, sino un conjunto de resultados cognoscitivos obtenidos gracias al método del análisis lógico de la ciencia jurídica. En opinión del mismo Kalinowski, la teoría de Ross es propiamente una metaciencia, más que una lógica de la ciencia jurídica o un método de análisis lógico de la ciencia del derecho.⁶²

Así las cosas, la comparación con Kelsen exige resolver si la teoría o, más

⁶⁰ Aun cuando Kelsen no enumera los conceptos jurídicos fundamentales, de la lectura de su última obra puede inferirse que los centrales son los de: ilícito, sanción, deber jurídico, responsabilidad, derecho subjetivo, competencia, capacidad jurídica, representación, relación jurídica, sujeto de derecho, persona jurídica, que son los analizados en [XX]. Quizá pueda añadirse como fundamental al concepto mismo de norma jurídica, por más que dista de ser unívoco, ya que como ha señalado Walter [II], p. 16, puede distinguirse un concepto de norma jurídica estático (ilícito-sanción) y otro de norma jurídica dinámico (que incluye a todas las condiciones de la sanción, inclusive normas dependientes).

⁶¹ Ross [II], p. 25.

⁶² Kalinowski [II], pp. 180 y ss.

exactamente, la metateoría de Ross, es o no una metaciencia de la jurisprudencia y en qué difiere de una teoría del derecho. Tentativamente podrían diferir en su objeto, en su tarea o en su método. Un rápido vistazo a las tres posibilidades permitirá contar con más elementos para responder a la cuestión.

En cuanto al objeto parecería que una teoría del derecho, aun siendo general, se ocupa del derecho, de sus características más básicas o esenciales. La metaciencia, por su parte, se referiría claramente a la ciencia jurídica más que al derecho, lo cual no querría decir, desde luego, que no tuviera una referencia indirecta al derecho. Sin embargo, en la comparación de ambos autores esta diferencia no tiene consecuencias importantes. Por un lado, Kelsen no ignora que el punto de partida de su análisis es el *factum* de la ciencia, es decir, la dogmática jurídica. Por otro, Ross no cuenta con una ciencia del derecho suficientemente elaborada como para deslindarla claramente ni del lenguaje ordinario, ni menos de su filosofía jurídica. Por estas razones, la impresión es que ambos autores trabajan con el mismo material. La diferencia es que Ross introduce la moderna distinción entre niveles de lenguaje, aunque sin aplicarla estrictamente en su trabajo.

En lo que concierne a la tarea que se proponen, la coincidencia es casi total: una reconstrucción del marco conceptual necesario para describir al derecho positivo. En este objetivo se incluye la formulación de los conceptos jurídicos fundamentales y, en general, los problemas que la ciencia jurídica no ha resuelto satisfactoriamente, por consistir, sea en premisas que el jurista da por sentadas, sea en cuestiones muy generales que van más allá de su ámbito.⁶³ Igualmente es notoria la concordancia en el campo de problemas que eliminan de sus teorías. Incluso las diferencias existentes originadas por el enfoque realista de Ross no parecen deberse a que se trate de una metaciencia, sino a ciertos postulados filosóficos.

Por último, respecto al método tampoco se detectan grandes divergencias. Ciertamente Ross está bien dispuesto a usar herramientas técnicas más perfeccionadas —lógicas y semánticas—, pero lo que ambos intentan de hecho es una clarificación conceptual mediante el mismo lenguaje ordinario y, cuando más, mediante una parte más exacta y fructífera del mismo obtenida a través del análisis lógico o conceptual.

En suma, si la metaciencia es 1) una lógica (sintaxis y semántica) de la ciencia; 2) una metodología, y 3) una filosofía que devela los presupuestos y resultados lógicos, epistemológicos y ontológicos de la ciencia,⁶⁴ su diferencia con la teoría general del derecho o con la jurisprudencia analítica, se debería más bien a las técnicas más precisas que se emplearían en una metaciencia jurídica estricta, que a sus objetivos finales. En otros términos, la evolución natural de la vieja teoría general del derecho y de la jurisprudencia analítica parece conducir, al menos en una de sus vertientes, a una metaciencia que recurre al instrumental lógico actual, sin dejar de

⁶³ Véase Ross [II], pp. 25 y ss.

⁶⁴ Véase Bunge, pp. 49 y ss.

reconocer que a esa tendencia se opone el bajo desarrollo de la ciencia jurídica. Dado que Ross no ha llegado a aplicar tal instrumental cabalmente al derecho, en realidad no difiere mucho, ni en sus resultados, ni en sus técnicas, de la teoría pura.

A propósito del método usado, conviene recordar que el análisis llevado a cabo por Ross no es tampoco meramente descriptivo y puede fácilmente clasificarse también como reconstrucción racional. Claro está que es cierto que los conceptos jurídicos fundamentales construidos por él no coinciden completamente con los de Kelsen, pero las semejanzas han sido ya explicitadas más arriba y parecen justificar una similitud de métodos. El hecho de que Ross aborde algunos problemas nuevos y otros con mayor amplitud, no habla en contra de lo anterior.⁶⁵ El que en ciertas áreas sus análisis sean más ricos y detallados, no oculta el hecho de que su afán reduccionista, afín al positivismo lógico del Círculo de Viena, no se haya visto coronado con el éxito. Como se anotó más arriba, en ningún momento pudo deshacerse por completo del dualismo entre ser y deber ser, entre hecho y norma.

Otras de las huellas de la diferente influencia filosófica que tuvo Ross se manifiesta, además de en el recurso a un moderno equipo lógico, en el abandono de toda deducción trascendental o justificación de la unicidad del marco categorial propuesto. Ross no sostiene, al menos explícitamente, la imposibilidad de un marco categorial alternativo al suyo, si bien tampoco afirma expresamente la posibilidad de utilizar otro esquema categorial para ordenar la experiencia jurídica. Este problema no es, por lo demás, una cuestión puramente histórica. Las tendencias trascendentales se han presentado también en la filosofía reciente, en especial dentro de la llamada filosofía analítica de la lógica, de la ciencia y de la moral.⁶⁶

El hecho de que se pueda decir en general que ambos filósofos emplean el método del análisis conceptual, más o menos con los mismos recursos y supuestos, no implica que sus resultados sean coincidentes en lo referente a la lista de los llamados conceptos jurídicos fundamentales. Más aún, Ross ni siquiera intenta en sus últimas obras una exposición detallada de los mismos. A pesar de ello comparte con Kelsen la tendencia antimetafísica de no aceptar sino los términos necesarios para describir el derecho positivo, es decir, se rechazan los términos tradicionales para describir un supuesto derecho metapositivo o natural, los cuales son vistos simplemente como nociones ideológicas para criticar o justificar subjetivamente al derecho positivo.

Indicadas las semejanzas metódicas de los autores, parece conveniente apuntar una cierta problemática común que aguarda ser tratada con cuidado.

⁶⁵ Ross, en efecto, amplía el tratamiento de la interpretación, de la distinción entre derechos reales y personales, público y privado. Introduce además los conceptos de fuentes del derecho y de derecho vigente y bajo el rubro "hechos operativos", se refiere a lo que en la teoría pura se llama "hecho condicionante".

⁶⁶ Véase Kórnier [I].

No es nuevo, pero sí válido, el cuestionamiento que a los métodos analítico-lingüísticos se les hace respecto a los pocos análisis que se han hecho de lo que significa "análisis". En ocasiones no se ha distinguido con pulcritud el análisis lógico del análisis empírico⁶⁷ y este reproche de imprecisión puede hacerse a los jusfilósofos de que se ocupa esta obra.

Un cargo más grave, por lo demás muy reciente, es el que se ha formulado contra la idea generalizada de que el análisis de los conceptos normativos, en particular morales, es lógicamente irrelevante para las cuestiones normativas, esto es, que no implica ninguna actitud frente a los objetos clasificados mediante tales términos.⁶⁸ Si bien esto es criticable en el caso de nociones morales tales como bueno, cuyos análisis sin duda implican actitudes positivas, no es muy distinto el caso de conceptos más jurídicos como el de justicia u obligación. En la medida en que son conceptos prácticos, quien los usa tiene actitudes prácticas frente a los objetos así denominados y el llevar a cabo un análisis de tales nociones no se limita a hablar de palabras, sino que habla también de características que proporcionan razones para actuar y que suponen el hecho de tomar actitudes prácticas frente a los objetos o a las acciones.⁶⁹

Quizá a partir de este enfoque pueda abordarse la debatida cuestión del carácter ideológico encubierto de las teorías positivistas. Declarar algo teóricamente como "derecho" o como "obligatorio jurídicamente", ha sido históricamente un método para resolver conflictos normativos y para razonar, a partir de definiciones, sobre principios de conducta.⁷⁰ El intento de limpiar asépticamente todo este arsenal conceptual de sus contenidos prácticos —positivos y negativos— que influyen en las deliberaciones y en las decisiones, no parece haber logrado el éxito que esperaban sus propagadores, entre los cuales se cuentan Kelsen y Ross.

Común a ambos autores es también la tendencia al empleo de un método que reconstruye el lenguaje jurídico ordinario, intentando cuando es necesario una revisión del mismo.⁷¹ En la clasificación usual entre filósofos del lenguaje ordinario, que pretenden representar tan precisamente como sea posible el lenguaje pre-explicativo, y los filósofos formalistas que construyen un lenguaje ideal que reforma el uso ordinario de los conceptos, nuestros autores se encontrarían en el inicio de la segunda corriente pero sin el equipo lógico suficiente, en especial Kelsen. Sin embargo, recientemente Híntikka ha apuntado una tercera alternativa, con aplicaciones muy particulares al lenguaje normativo. Los modelos explicativos, propuestos para ciertos aspectos del funcionamiento del lenguaje ordinario, no constituyen una revisión del mismo, sino su mejor comprensión. Dicha comprensión no se lograría simplemente reproduciendo lo que sucede, sino

⁶⁷ Savigny [II], p. 14.

⁶⁸ Andren.

⁶⁹ *Ibid.*, pp. 146 y ss.

⁷⁰ *Ibid.*, pp. 148 y ss.

⁷¹ Véase Kelsen [XX], pp. 120 y ss.

exhibiendo la “lógica profunda” del lenguaje ordinario, Sería, por tanto, una alternativa a los métodos descriptivistas y prescriptivistas.⁷²

Estas ideas apuntan direcciones en las cuales los problemas metódicos de la teoría general del derecho pueden ser replanteados.

⁷² Hintikka; Stegmüller, pp. 181 y ss.; en español puede verse la aplicación de las ideas de Hintikka a los conceptos deónticos deber y permitir en Rodríguez Tirado. Esta alternativa no es incompatible, en principio, con la señalada por Simpson en su crítica a Ross.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCHOURRÓN, Carlos E. y Bulygin, Eugenio. [I] *Normative Systems*, Library of Exact Philosophy 5. Springer-Verlag, Nueva York-Viena, 1971. Traducción española, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1974.
- [II] "Sobre el concepto de orden jurídico", *Crítica*, Revista Hispanoamericana de Filosofía, vol. VIII, núm. 23 agosto, 1976, México, pp. 3-21.
- ANDRÉN, Gunnar. "Definitions, Norms and Logical Naturalism", *Theoria*, vol. XL, 1974, 3a. parte, pp. 138-151.
- AUFRICHT, Hans. "The Pure Theory of Law in Historical Perspective", publicado en *Law, State and International Legal Order. Essays in Honor of Hans Kelsen*. Ed. por Salo Engel y R. A. Métall. The University of Tennessee Press, pp. 30-40.
- AUSTIN, John. *The Province of Jurisprudence Determined*, 2nd. Edition. Burt Franklin, New York, 1861.
- AZUARA, Leandro. "Los conceptos jurídicos fundamentales", publicado en *Estudios de filosofía del derecho*, homenaje al doctor Eduardo García Máynez. Facultad de Derecho. UNAM, México, 1973, pp. 3-44.
- BINDER, Julius. "Der Wissenschaftscharakter der Rechtswissenschaft", publicado en *Kant Studien*, vol. 25, Berlín, 1920, pp. 321-365.
- BOBBIO, Norberto [I] *Teoria della Scienza Guiridica*. Giappichelli Editore, Torino, 1950.
- [II] "Nature et fonction de la Philosophie du Droit", *Archives de Philosophie du Droit*. Núm. 7, Sirey, París, 1962, pp. 1-2.
- [III] "Hans Kelsen", *Rivista Internazionale de Filosofia del Diritto*. Núm. 3, julio-septiembre, 1973.
- [IV] *Studi per una Teoria Generale del Diritto*. Ed. G. Giappichelli. Torino, 1970.
- [V] *El problema del positivismo jurídico*. Versión Española de E. Garzón Valdés. EUDEBA, Buenos Aires, 1965.
- BODENHEIMER, Edgar. *Jurisprudence*. Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1974.
- BONDY, Otto. "Zum Problem der Rechtssatzformulierung", en *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 9, 1930, pp. 418-429, y en *33 Beiträge zur Reinen Rechtslehre*, editado por R. A. Métall, Europa Verlag, Viena, 1974, pp. 33-46.
- BUNGE, Mario. *La investigación científica. Su estrategia y su filosofía*. Ediciones Ariel, Barcelona, 1972.

- CAPELLA, Juan Ramón. *El derecho como lenguaje*. Ediciones Ariel, Barcelona, 1968
- CARNAP, Rudolf. [I] *The Philosophy of Rudolf Carnap*. The Library of Living Philosophers. Editado por P. A. Schilpp, Cambridge University Press, Londres, 1963.
- [II] *Scheinprobleme in der Philosophie*. Con introducción de G. Patzig. Suhrkamp Verlag, Frankfurt, 1966.
- [III] *Der Logische Aufbau der Welt*. 2a. ed., Felix Mainer Verlag, Hamburgo, 1961.
- [IV] *Meaning and Necessity*. The University of Chicago Press, 1960.
- CARRIÓ, Genaro R. [I] *Sobre el concepto de deber jurídico*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1966.
- [II] "Nota preliminar a *Conceptos jurídicos fundamentales* de W. N. Hohfeld", traducción de G. R. Carrió, Centro Editor de América Latina, S. A., Buenos Aires, 1968.
- [III] *Notas sobre derecho y lenguaje*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1972.
- COING, Helmut. *Grundzüge der Rechtsphilosophie*. 2a. ed., W. Gruyter, Berlín, 1969.
- DÍAZ, Elías. *Sociología y filosofía del derecho*. Ed. Taurus, Madrid, 1971.
- EBENSTEIN, William. *La teoría pura del derecho*. Fondo de Cultura Económica, México-Buenos Aires, 1947.
- EHRENZWEIG, Albert A. *Psychoanalytic Jurisprudence*. Oceana Publications Inc., N. Y., 1971.
- FLECHTHEIM, Ossip. "Recht und Gesellschaft. Einige pluralistische soziologische Randglossen zur Reinen Rechtslehre", publicado en *Law, State and International Legal Order*, essays in honor of Hans Kelsen. Ed. por Salo Engel y R. A. Métall. The University of Tennessee Press, pp. 70-83.
- FRIEDMANN, Wolfgang. *Legal Theory*. 4a. ed., Stevens & Sons Limited, Londres, 1960.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. [I] *Doctrina aristotélica de la justicia*. UNAM, 1973.
- [II] *Lógica del concepto jurídico*. Fondo de Cultura Económica, México, 1959.
- [III] *Positivismo jurídico, realismo sociológico y jusnaturalismo*. UNAM, Facultad de Filosofía y Letras, 1968.
- [IV] "En torno de la teoría de Alf Ross", *Critica*, Revista Hispanoamericana de Filosofía, vol. 1, núm. 3, sept. 1967, pp. 3-15.
- GAVAZZI, Giacomo. *Norme Primarie e Norme Secundarie*. G. Giappichelli, Ed. Torino, 1967.
- GOLDING, Martin. "Kelsen and the Concept of 'Legal System'", publicado en *More Essays in Legal Philosophy*, Ed. Robert S. Summers, University of California Press, Berkeley, 1971, pp. 69-100.
- HÄGERSTRÖM, Axel. *Inquiries into the Nature of Law and Morals*. Editado

por Karl Olivecrona, traducido por C. D. Broad, Almqvist & Wiksells, Stockholm, 1953.

- HART, H. L. A. [I] *The Concept of Law*. Clarendon Press, Oxford, 1961.
- [II] "Kelsen Visited", *U.C.L.A. Law Review* 709, 1963. Traducción española: "Una visita a Kelsen", de Javier Esquivel, *Cuadernos de Crítica*, núm. 4, 1977.
- [III] "Scandinavian Realism", *The Cambridge Law Journal*, 1969, pp. 233-240.
- [IV] "Kelsen's Doctrine of the Unity of Law", publicado en *Ethics and Social Justice*, ed. por H. E. Kiefer, M. K. Munitz, State University of New York Press, Albany, 1968, pp. 171-199.
- HEMPEL, Carl G. *Fundamentals of Concept Formation in Empirical Science*. International Encyclopedia of Unified Science. The University of Chicago Press, 1952.
- HILPINEN, Risto (ed.). *Deontic Logic: Introductory and Systematic Readings*. D. Reidel, Dordrecht-Holland, 1971.
- HINTIKKA, Jaakko. [I] "Epistemic Logic and The Methods of Philosophical Analysis", en *Models for Modalities*, Reidel, Dordrecht-Holland, 1969, pp. 3-21.
- [II] "Deontic Logic and its Philosophical Morals", *ibid*; pp. 184-214.
- HOERSTER, Norbert. "On Alf Ross' Alleged Puzzle in Constitutional Law", *Mind*, vol. LXXXI, núm. 323, julio 1972.
- HOHFELD, Wesley N. *Conceptos jurídicos fundamentales*. Traducción de G. R. Carrió, Centro Editor de América Latina, S. A., Buenos Aires, 1968.
- HUSSERL, Edmund. *Logische Untersuchungen*. 4a. ed., Halle, Max Niemeyer, 1928.
- JAEGER, Hasso. "Introduction aux Rapports de la Pensée Juridique et de l'Histoire des Idées en Angleterre depuis la Réforme jusqu'au XVIII^e Siècle", en *Archives de Philosophie du Droit*, tomo xv, 1970, Sirey, Paris, pp. 13-70.
- JOHNSON, Conrad D. "Moral and Legal Obligation", *The Journal of Philosophy*, vol. LXXII, núm. 12, junio 19, 1975, pp. 315-333.
- KALINOWSKI, Georges. [I] *Querelle de la Science Normative*. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1969.
- [II] "Theorie, metatheorie ou philosophie du droit", publicado en *Archives de Philosophie du Droit*, xv, Sirey, Paris, 1970, pp. 179-195.
- KANT, Immanuel. [I] *Metaphysik der Sitten*. Felix Mainer Verlag, Hamburg, 1966.
- [II] *Kritik der Reinen Vernunft*. Felix Mainer Verlag, Hamburg, 1956
- [III] *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*. Felix Mainer Verlag, Hamburg, 1965.
- KAUFMANN, Arthur (ed.). *Rechtstheorie: Ansätze zu einem kritischen rechtsverständnis*. Verlag C. F. Müller, Karlsruhe, 1971.

- KAUFMANN, Felix. [I] *Logik und Rechtswissenschaft*, Tübingen, 1922.
- [II] *Metodología de las ciencias sociales*. Versión española de E. Imaz, Fondo de Cultura Económica, México, 1946.
- KELSEN, Hans. [I] *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*. 2a. ed., J. C. B. Mohr, Tübingen, 1923.
- [II] "Über Grenzen zwischen juristischer un soziologischer Methode", publicado en *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, editado por Hans Klecatsky, René Marcic y Herbert Shambeck, Europa Verlag, Wien, 1968, vol. I, pp. 3-36. Traducción española de Leandro Azuara, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, tomo XIX, julio-diciembre 1969, núms. 75-76, UNAM, pp. 561-593.
- [III] "Über Staatsunrecht", publicado en Klecatsky *et al.*, vol. I, pp. 957-1057.
- [IV] "Die Rechtswissenschaft als Norm — oder als Kulturwissenschaft", publicado en Klecatsky *et al.*, vol. I, pp. 37-96.
- [V] "Zur Theorie der Juristischen Fiktionen", publicado en Klecatsky *et al.*, vol. II, pp. 1215-1242.
- [VI] *Das Problem der Souveränität un die Theorie des Völkerrechts*. Editorial J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 2a. ed., 1928
- [VII] *Allgemeine Staatslehre*. Springer Verlag, Berlín, Heidelberg, New York, 1925. Traducción española de Luis Legaz Lacambra, *Teoría general del Estado*, Editorial Nacional, México, 1970.
- [VIII] "Die Idee des Naturrechts", publicado en Klecatsky *et al.*, vol. I, pp. 245-280.
- [IX] "Die Philosophischen Grudlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus", publicado en Klecatsky *et al.*, vol. I, pp. 281-350.
- [X] *Rechtsgeschichte gegen Rechtsphilosophie? Eine Erwiderung*. E. Julius Springer, Wien, 1928, publicado en Kelsen, *Drei Kleine Schriften*, Scientia Verlag Aalen, 1971.
- [XI] "Wer soll der Hüter der Verfassung sein?", publicado en Klecatsky *et al.*, vol. II, pp. 1873-1922.
- [XII] *La teoría pura del derecho: introducción a la problemática científica del derecho*. Traducción de J. Tejera, Buenos Aires, Editorial Losada, 1941.
- [XIII] *General Theory of Law and State*. Harvard University Press, 1945. Traducción española *Teoría general del derecho y del Estado*, por Eduardo García Máynez, UNAM, 1950.
- [XIV] *Sociedad y naturaleza. Una investigación sociológica*. Traducción de Jaime Perriau, Editorial De Palma, Buenos Aires, 1945.
- [XV] "Was ist ein Rechtsakt?", publicado en Klecatsky *et al.*, vol. II, pp. 1381-1393.
- [XVI] "Teoría pura del derecho y teoría egológica. Respuesta al artículo de Carlos Cossío: teoría egológica y teoría pura". Traducción de E. García Maynez, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, tomo III, abril-junio, 1953, núm. 10, pp. 169-205.

- [XVII] "Was ist die Reine Rechtslehre?", publicado en Klecatsky *et al.*, vol. I, pp. 611-630. Traducción española de Ernesto Garzón Valdés. "¿Qué es la teoría pura del derecho?", Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1958.
- [XVIII] "Der Begriff der Rechtsordnung", publicado en Klecatsky, *et al.*, vol. II, pp. 1395-1416.
- [XIX] "Vom Geltungsgrund des Rechts", publicado en Klecatsky *et al.*, vol. II, pp. 1417-1427.
- [XX] *Reine Rechtslehre*. 2a. ed., Franz Deuticke, Viena, 1960. Traducción española de R. J. Vernengo. *Teoría pura del derecho*, UNAM, 1979.
- [XXI] *Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del derecho*. Traducción de Moisés Nilve, EUDEBA, Buenos Aires, 1960.
- [XXII] "Derogation", publicado en Klecatsky *et al.*, vol. II, pp. 1429-1443.
- [XXIII] "Die Grundlage der Naturrechtslehre", publicado en *Das Naturrecht in der Politischen Theorie*. Internationales Forschungszentrum für Grundfragen der Wissenschaften in Salzburg — Erstes Forschungsgespräch, editado por Franz Martin Schmölz, Springer Verlag, Viena, 1963.
- [XXIV] "Die Selbstbestimmung des Rechts", publicado en Klecatsky *et al.*, vol. II, pp. 1445-1453.
- [XXV] "Die Funktion der Verfassung", publicado en Klecatsky *et al.*, vol. II, pp. 1971-1979.
- [XXVI] "Recht und Logik", publicado en Klecatsky *et al.*, vol. II, pp. 1469-1497. Traducción española "Derecho y Lógica" de Ulises Schmill y Jorge Castro Valle, *Cuadernos de crítica*, núm. 6, 1977.
- [XXVII] "Qu'est-ce que la Philosophie du Droit?", publicado en *Archives du Philosophie du Droit*, tomo VII, Sirey, 1962, p. 131.
- [XXVIII] "Was ist juristischer Positivismus?", publicado en Klecatsky *et al.*, vol. I, pp. 941-953. Traducción española "¿Qué es el primitivismo jurídico?" de Mario de la Cueva, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, tomo XVI, núm. 61, enero-marzo, 1966, pp. 131-143.
- [XXIX] "Zum Begriff der Norm", publicado en Klecatsky *et al.*, vol. II, pp. 1455-1468. Traducción española "Acerca del concepto de norma" por Javier Esquivel, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año VII, núm. 21, 1974, pp. 201-213, UNAM.
- [XXX] "Recht, Rechtswissenschaft und Logik", *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. LII/4, 1966, pp. 545-552.
- [XXXI] *Contribuciones a la teoría pura del derecho*. Colección de Ensayos. Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1969.
- KLECATSKY, Hans, René Marcic y Herbert Shambek (eds.). *Die Wiener rechtstheoretische Schule*. Europa Verlag, Wien, 1968, vols. I y II.
- KLUG, Ulrich. *Problemas de filosofía del derecho*. Colección de ensayos traducidos por Ernesto Garzón Valdés. Editorial Sur, Buenos Aires, 1966.

- Editora Nacional, México, 1974. (Reimpresión del original de 1928.)
- REICHENBACH, Hans. *Der Aufstieg der Wissenschaftlichen Philosophie*. F. Vieweg, Braunschweig. Traducción al alemán de *The Rise of Scientific Philosophy*. University of California Press. Traducción española de Horacio Flores Sánchez, Fondo de Cultura Económica, México, 1958.
- RODRÍGUEZ Tirado, Alvaro. *Lógica deóntica y modelos semánticos*. Colección Estudios Monográficos, núm. 2, Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM, 1976.
- ROSS, Alf. [I] *Hacia una ciencia realista del derecho. Crítica del dualismo en el derecho*. Traducción de J. Barboza, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961.
- [II] *On Law and Justice*. University of California Press, Berkeley, 1959. Traducción española de G. Carrió, *Sobre el derecho y la justicia*, EUDEBA, Argentina, 1963.
- [III] *El concepto de validez y otros ensayos*. Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1969.
- [IV] *Directives and Norms*. Routledge & Kegan Paul, London, 1968. Traducción española *Lógica de las normas*, de José S. P. Hierro, Ed. Tecnos, S. A., Madrid, 1971.
- [V] "Tu - tu", *Harvard Law Review* 70, 1957, pp. 812-825. Traducción española de G. Carrió, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961.
- [VI] "Definition in Legal Language", en *Logique et Analyse*, Louvain, 1958, pp. 139-149.
- RUDNER, Richard. *Philosophy of Social Science*. Prentice-Hall, Englewood Cliffs, N. J., 1966.
- SALMOND, Sir John. *Jurisprudence*. 10th. Edition by Glanville Williams, Sweet and Maxwell, Londres, 1947.
- SAVIGNY, Eike von. [I] *Die Philosophie der Normalen Sprache. Eine Kritische Einführung in die "Ordinary Language Philosophy"*. Suhrkamp Verlag, Frankfurt, 1969.
- [II] *Filosofía analítica*. Traducción española de E. Garzón Valdés. Ed. Sur, Buenos Aires, 1974.
- SCHMILL, Ulises. "El sistema del derecho y sus implicaciones", en *Estudios de filosofía del derecho*. Homenaje al doctor E. García Máynez. Facultad de Derecho, UNAM, 1973, pp. 325-348.
- SCHREIBER, Rupert. *Allgemeine Rechtslehre*. Springer Verlag, Berlin, 1969.
- SCHUTZ, Alfred. "Problems of Interpretative Sociology", en *The Philosophy of Social Explanation*, ed. por Alan Ryan, Oxford University Press, 1973, pp. 203-220. Tomado de su libro *The Phenomenology of the Social World*.
- SHUMAN, Samuel. *Legal Positivism - Its Scope and Limitations*. Wayne State University Press, Detroit, 1963.

- SIMPSON, A. W. B. [I] "The Analysis of Legal Concepts", *Law Quarterly Review*, vol. 80, octubre, 1964, pp. 535-558.
- [II] (ed.) *Oxford Essays in Jurisprudence*. Second Series, Clarendon Press, Oxford, 1973.
- STAMMLER, Rudolf. *Theorie der Rechtswissenschaft*, Halle, Buchhandlung des Waisenhauses, 1911.
- STEGMÜLLER, Wolfgang. *Hauptströmungen der Gegenwartsphilosophie*, vol. II, Alfred Kröner Verlag — Stuttgart, 1975.
- STRAWSON, Peter. [I] "Construcción y análisis", en *La revolución en filosofía*, colección de ensayos traducidos por M. Macao. Revista de Occidente, Madrid, pp. 117-134.
- [II] "Constructed Systems vs. Natural Languages", en *The Philosophy of Rudolf Carnap*. The Library of Living Philosophers. Ed. por P. A. Schilpp, Cambridge University Press, Londres, 1963.
- SUMMERS, Robert S. [I] (ed.) *Essays in Legal Philosophy*. Oxford, Basil Blackwell, 1970.
- [II] (ed.) *More Essays in Legal Philosophy*. University of California Press, 1971.
- TREVES, Renato. *El fundamento filosófico de la teoría pura del derecho de Hans Kelsen*. Publicado originalmente en italiano en 1933, y traducido al español por Manuel Simón Egana en la revista *La Justicia*, tomo xxx, núm. 492, junio, México, 1971.
- VERNENGO, Roberto José. [I] *Curso de teoría general del derecho*. Coeditora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1972.
- [II] "La función sistemática de la Norma Fundamental", *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1960, pp. 3-21.
- WALTER, Robert. [I] "Der Gegenwärtige Stand der Reinen Rechtslehre", en *Rechtstheorie*, I, 1970, pp. 69-85.
- [II] *Der Aufbau der Rechtsordnung. Eine rechtstheoretische Untersuchung auf Grundlage der Reinen Rechtslehre*. Leykam Verlag, Graz, 1964.
- WEINBERGER, Ota. Introducción a *Hans Kelsen. Essays in Legal and Moral Philosophy*. Synthese Library, D. Reidel Publishing Company, Dordrecht-Holland, 1973, pp. ix-xxviii.
- WEYR, Franz. [I] "Rechtsphilosophie und Rechtswissenschaft", en *33 Beiträge zur Reinen Rechtslehre*. Ed. por R. A. Métall, Europa Verlag, Viena, 1974, pp. 521-531.
- [II] "Natur und Norm", *ibid*, pp. 533-545.
- [III] "Die Rechtswissenschaft als Wissenschaft von Unterschieden", *ibid*, pp. 547-558.
- WIETHÖLTER, Rudolf. "Recht", en *Wissenschaft und Gesellschaft*. Editado por G. Kadelbach. Fischer Bücherei, Funk-Kolleg, vol. I, Frankfurt, 1967, pp. 215-275.
- WINCH, Peter. *Ciencia social y filosofía*, Editores Amorrortu, Buenos Aires, 1972. Traducción española de M. Rosa V. de Bonacalza.

- WITTGENSTEIN, Ludwig, *Philosophische Untersuchungen*. Basil Blackwell Oxford, 1968.
- WRIGHT, Georg H. von [I] *Norm and Action. A Logical Enquiry*, Routledge & Kegan Paul, Londres, 1963. Traducción española de Pedro García, *Norma y acción*, Ed. Tecnos, Madrid, 1970.
- [II] *An Essay in Deontic Logic and the General Theory of Action*. Acta Philosophica Fennica, fasc. XXI, 1968, North-Holland, Amsterdam. Traducción española de E. Garzón Valdés, *Un ensayo de lógica deóntica y la teoría de la acción*, Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM, 1976.
- [III] *Explanation and Understanding*. Routledge & Kegan Paul, Londres, 1971.

INDICE

PREFACIO	9
I. INTRODUCCIÓN	11
PRIMERA PARTE. EXPOSICIÓN DE LAS TEORÍAS	13
II. LA TEORÍA PURA DEL DERECHO COMO TEORÍA GENERAL DEL DERECHO	15
1. Objeto de la teoría general del derecho	16
2. Tarea de la teoría general del derecho	17
3. Método de la teoría general del derecho	19
III. LA TEORÍA DE ALF ROSS COMO TEORÍA GENERAL DEL DERECHO	27
A. CIENCIA DEL DERECHO	
1. Objeto de la ciencia del derecho	27
2. Tarea de la ciencia del derecho	28
3. Método de la ciencia del derecho	30
B. FILOSOFÍA DEL DERECHO	
1. Objeto de la filosofía del derecho	31
2. Tarea de la filosofía del derecho	33
3. Método de la filosofía del derecho	35
IV. EXPOSICIÓN DETALLADA DE KELSEN Y ROSS	
1. Sus tesis respecto a la teoría general del derecho	39
2. La naturaleza de la norma según Kelsen	41
3. Las funciones de la norma según Kelsen	48
4. La estructura de la norma según Kelsen	52
5. El sistema jurídico según Kelsen	68
6. La naturaleza de la norma según Alf Ross	81
7. Estructura de la norma jurídica y su relación con la proposición jurídica	98
8o. El sistema normativo según Ross	103

V. DIFERENCIAS EN CUANTO AL OBJETO

1.	Respecto a la naturaleza de la norma	115
1.1	¿Enunciado de ser o de deber ser?	115
1.2	Validez de la norma	116
1.3	Relación de la norma con la proposición jurídica	117
1.4	Crítica a la noción kelseniana de validez	118
1.5	Definición de norma	120
2.	Respecto a la estructura de las normas	121
2.1	Norma primaria y norma secundaria	121
2.2	Normas categóricas e hipotéticas	122
3.	Respecto a la función de las normas	122
3.1	Función interpretativa	122
3.2	Función normativa	123
3.3	Función derogatoria	125
4.	Respecto al carácter general e individual de las normas	126
4.1	Aceptación de la distinción	126
4.2	Diferencias en la clasificación	126
4.2.1	Respecto a la amplitud	126
4.2.2	Respecto a los criterios	127
4.2.3	Confusión en Kelsen	127
4.3	Reflexiones y conclusiones	127
5.	Respecto a su concepción del sistema jurídico	129
5.1	Aceptación de la noción	129
5.2	Validez y sistema jurídico	130
5.3	Norma básica	134

VI. DIFERENCIAS EN CUANTO A LA TAREA 139

1.1	Tarea de la ciencia jurídica en Kelsen	139
1.2	Tarea de la ciencia jurídica en Ross y conclusiones	140
2.1	Tarea de la teoría general del derecho	143
2.1.1	Determinación de los conceptos jurídicos fundamentales en Kelsen	143
2.1.2	Determinación de la norma jurídica en Kelsen	146
2.1.3	Determinación de la noción de sistema jurídico en Kelsen	147
2.1.4	Interpretación de las normas en Kelsen	148
2.1.5	Otras tareas según Kelsen	152

2.2.1 Determinación de los conceptos jurídicos fundamentales en Ross	154
2.2.2 Determinación de la norma jurídica en Ross	156
2.2.3 Determinación de la noción de sistema jurídico en Ross ..	156
2.2.4 Interpretación de las normas según Ross	157
2.2.5 Otras tareas según Ross	161
2.2.6 La sistematización como tarea	162
VII. DIFERENCIAS EN CUANTO AL MÉTODO	167
1.1 Método de la ciencia jurídica según Kelsen	167
1.2 Método de la ciencia jurídica según Ross	171
2.1 Método de la filosofía del derecho según Kelsen	176
2.2 Método de la filosofía del derecho según Ross	182
BIBLIOGRAFÍA	187

Siendo director general de Publicaciones José Dávalos, se terminó la impresión de *Kelsen y Ross, formalismo y realismo en la teoría del derecho*, en la Imprenta Universitaria el día 28 de enero de 1980. Su composición se hizo en tipos Baskerville 10:11 y 8:9 puntos. La edición consta de 2 000 ejemplares.