



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA  
DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

ALF ROSS Y EL PROBLEMA DEL  
"CUASI - POSITIVISMO" KELSENIANO

**T E S I S**

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:  
LICENCIADO EN DERECHO  
P R E S E N T A  
FRANCISCO JAVIER CASTILLEJOS RODRIGUEZ



ASESORA: MAESTRA MARIA ELODIA ROBLES SOTOMAYOR



MEXICO, D. F.

2004



Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.



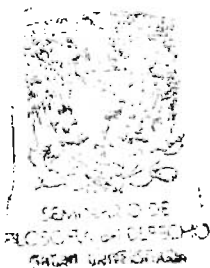
UNIVERSIDAD NACIONAL  
AUTÓNOMA DE  
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO  
SEMINARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

**ING. LEOPOLDO SILVA GUTIÉRREZ**  
**DIRECTOR GENERAL DE LA**  
**ADMINISTRACIÓN ESCOLAR, UNAM**  
**P R E S E N T E .**

*El C. FRANCISCO JAVIER CASTILLEJOS RODRÍGUEZ, con número de cuenta 95163949, elaboró en este Seminario bajo la dirección de la Mtra. Ma. Elodia Robles Sotomayor, el trabajo de investigación intitulado: "ALF ROSS Y EL PROBLEMA DEL CUASIPOSITIVISMO KELSENIANO". La tesis de referencia satisface los requisitos necesarios, por lo que con apoyo en la fracción VII del artículo 10 del Reglamento para el funcionamiento de los Seminarios de esta Facultad de Derecho, otorgo mi aprobación correspondiente y autorizo su presentación al jurado recepcional en los términos del Reglamento de Exámenes Profesionales de esta Universidad.*

*Sin otro asunto, le reitero mi más amplio agradecimiento y respeto.*



**A T E N T A M E N T E**  
**"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU"**  
**Cd. Universitaria, 6 de julio de 2004**

**MTRA. MA. ELODIA ROBLES SOTOMAYOR**  
**DIRECTORA DEL SEMINARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO**

A MIS PADRES, EDUVIGES Y JOSÉ JAVIER  
A MIS HERMANOS, XOCHITL Y JOSÉ EDGAR  
CON EL AMOR Y EL CARIÑO DE SIEMPRE  
¡GRACIAS POR TODO!

A LA FAMILIA RODRÍGUEZ ARAIZA  
A LA FAMILIA CASTILLEJOS ALVARADO  
EN ESPECIAL A MI TÍO ANTONIO  
POR SU ESTÍMULO CONSTANTE

A SANDRA, MARIANA, LUZ ADRIANA, Y  
A MIS QUERIDOS AMIGOS DE LA FACULTAD DE  
DERECHO: VÍCTOR, CARLOS, RODRIGO,  
CHUCHÍN, RODOLFO Y EFRÉN

A MI ASESORA, LA MTRA, MARÍA ELODIA  
ROBLES SOTOMAYOR, EN AGRADECIMIENTO  
POR DIRIGIR ESTE TRABAJO Y,  
SOBRE TODO, POR SU AMISTAD

A LA FACULTAD DE DERECHO Y,  
POR SUPUESTO, A LA U. N. A. M. ,  
CON GRATITUD



## ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	I
-------------------	---

### CAPÍTULO 1.-LA TEORÍA DEL DERECHO DE KELSEN

1.1.-Fundamentos epistemológicos.....	1
1.1.1.- <i>Antecedentes neokantianos</i> .....	1
1.1.2.- <i>El deslinde ser-deber ser</i> .....	5
1.1.3.- <i>El método lingüístico</i> .....	8
1.2.-Normas y enunciados jurídicos.....	10
1.3.-La 'validez' y el problema de la norma fundamental.....	15
1.4.-Análisis y crítica de la doctrina del derecho natural.....	20

### CAPÍTULO 2.-LA TEORÍA DEL DERECHO DE ROSS

2.1.-Fundamentos epistemológicos.....	25
2.1.1.- <i>Antecedentes neoempiristas</i> .....	25
2.1.2.- <i>Realismo jurídico escandinavo</i> .....	29
2.1.3.- <i>Problemas de la filosofía del derecho</i> .....	31
2.2.-Discurso directivo y discurso indicativo.....	33
2.3.-El concepto de 'derecho vigente'.....	37
2.4.-Análisis y crítica de la doctrina del derecho natural.....	41

### CAPÍTULO 3.-EL PROBLEMA DEL 'CUASI-POSITIVISMO' KELSENIANO

3.1.-El problema del positivismo jurídico.....	48
3.2.-El 'cuasi-positivismo' como una especie de derecho natural.....	53
3.3.-El 'cuasi-positivismo' kelseniano.....	58
3.3.1.- <i>El derecho como 'deber ser'</i> .....	58
3.3.2.- <i>El concepto de 'validez' en Kelsen</i> .....	66

## CAPÍTULO 4.-CRÍTICA A LA CONCEPCIÓN DE ROSS EN TORNO AL 'CUASI-POSITIVISMO' KELSENIANO

4.1.-La confusión respecto al concepto de 'deber ser' kelseniano.....	75
4.1.1.- <i>La categoría de imputación(su reformulación)</i> .....	75
4.1.2.- <i>'Deber ser' y funciones normativas</i> .....	85
4.2.-¿Por qué obedecer al derecho? La discusión epistemológica.....	87
4.2.1.- <i>Realidad jurídica: nomoestática y nomodinámica</i> ...87	
4.2.2.- <i>La Nf como categoría trascendental</i> .....	89
4.3.-La incompatibilidad del kelsenismo con el 'cuasi-positivismo' jurídico.....	96
<b>CONCLUSIONES</b> .....	101
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	106

## INTRODUCCIÓN

Estudiar a un autor clásico dentro del ámbito de la filosofía será siempre, sin lugar a dudas, bastante fructífero. El caso de la filosofía del derecho no podía ser la excepción. Las obras de Alf Ross y Hans Kelsen representan dos de los intentos más importantes vinculados a la construcción de una teoría general del derecho. Su pensamiento constituye una referencia obligada para todo aquel interesado en los temas filosófico-jurídicos discutidos a lo largo del siglo pasado. Sin embargo, mi intención de escribir una tesis sobre dichos autores no tiene su origen, de ningún modo, en una frustración nostálgica ni en un cómodo regreso a un pasado en donde abunden los lugares comunes.

Ross y Kelsen fueron dos de las figuras principales de la filosofía del derecho del siglo XX. Igualmente, construyeron dos de los modelos teóricos más lúcidos y geniales dentro de la vertiente del positivismo jurídico a nivel mundial. Sus trabajos principales (*i.e.*, *'Sobre el derecho y la justicia'* y *'Teoría pura del derecho'*) se convirtieron, sin vacilaciones, en obras maestras de la teoría general del derecho. De ahí que su relectura no sea, de ninguna manera, una pérdida de tiempo. A continuación explicaré brevemente el problema que trataré de resolver, así como la hipótesis general y la estructura de la presente tesis.

En primer lugar, es necesario aclarar que mi propósito no es confrontar las teorías de Kelsen y Ross, ni determinar cuál de los dos paradigmas es más exitoso. El objetivo de este trabajo es dar solución al siguiente problema: *¿Kelsen es un 'cuasi-positivista' jurídico?* La tesis que defenderé es la siguiente: *La Teoría pura del derecho no cae dentro del ámbito de denotación de la expresión 'cuasi-positivismo jurídico'. Por tanto, Kelsen no es un 'cuasi-positivista' en el sentido criticado por Ross.* Ésta será mi hipótesis general.

En los dos primeros capítulos hago una breve exposición de las teorías de Kelsen y Ross con el objeto de precisar un mínimo de conceptos jurídico-filosóficos que sean relevantes para la defensa de mi tesis. El análisis que

propongo gira en torno a tres niveles de reflexión: epistemológico, conceptual y de crítica de cada autor a la doctrina del derecho natural. Por supuesto, dicho análisis no es exhaustivo; sin embargo, establece las bases sobre las cuales la discusión entre los dos filósofos será posible.

El capítulo tercero está dedicado a las críticas de Ross a la doctrina kelseniana. Se parte de la problemática general de la interpretación de la expresión 'positivismo jurídico' para posteriormente aterrizarla en una especie deformada de discurso denominado 'cuasi-positivista'. Ross explica que, para Kelsen, la validez es la existencia específica de una norma, y afirmar que una norma posee validez significa que los individuos deben comportarse como la norma lo establece. Pero si la norma misma, en su sentido inmediato, expresa qué es lo que los individuos deben hacer, ¿qué sentido tiene afirmar que los individuos *deben hacer* lo que *deben hacer*? Detrás de la afirmación de 'validez' se esconde, según Ross, un requerimiento moral que contamina la pureza de la Teoría Pura, ya que establece la *exigencia de obedecer al derecho*. Lo mismo es aplicable al concepto de norma fundamental. La especie de iusnaturalismo que establece que el derecho tiene validez en el significado normativo de la palabra es denominada por Ross 'cuasi-positivismo'. En este sentido, Kelsen es 'cuasi-positivista' y su teoría no es más que un iusnaturalismo conservador disfrazado de 'positivismo jurídico'.

En el capítulo cuarto propongo una crítica a la concepción de Ross. Hago una reformulación de los conceptos de 'deber ser' y 'norma fundamental' para dejar claro que, tal como son utilizados por el filósofo vienes, no implican un requerimiento meta-sistemático de obediencia jurídica. Son, en términos neokantianos, categorías lógico-trascendentales. En lo que se refiere a la pregunta '¿por qué obedecer al derecho?', aclaro que Kelsen no busca los criterios metafísicos que lleven a sostener un requerimiento moral o axiológico que pudiese dar una 'razón' de obediencia de las normas estatales. Lo que el líder de la escuela vienesa plantea es: *¿cuáles son las condiciones de posibilidad de la dinámica jurídica?* En el último apartado señalo las incompatibilidades del discurso kelseniano con la doctrina del 'cuasi-positivismo'. De ahí que mi conclusión general sea que Kelsen *no es un 'cuasi-positivista' en el sentido criticado por Ross*. La *Teoría pura del derecho* puede ser analizada y criticada de muchas formas; sin embargo, una cuestión si es clara: la teoría kelseniana no es un 'cuasi-positivismo' jurídico, *i.e.* una doctrina del derecho natural conservadora.

Por último, quiero agradecer a la directora del Seminario de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de nuestra Universidad, la Mtra. María Elodia Robles Sotomayor, por haber accedido tan amablemente a dirigir esta tesis y discutir algunos de los temas que aquí se desarrollan. Sin duda, su guía y motivación constantes han representado para mí un factor decisivo en mi interés sobre los problemas tanto de la filosofía del derecho como de la filosofía en general.

# CAPÍTULO 1

## LA TEORÍA DEL DERECHO DE KELSEN

**SUMARIO:** 1.1. Fundamentos epistemológicos. 1.1.1 *Antecedentes neokantianos*. 1.1.2 *El deslinde ser - deber ser*. 1.1.3 *El método lingüístico*. 1.2. Normas y enunciados jurídicos. 1.3. La 'validez' y el problema de la norma fundamental. 1.4. Análisis y crítica de la doctrina del derecho natural.

### 1.1.-Fundamentos epistemológicos

#### 1.1.1.-*Antecedentes neokantianos*

La perspectiva del hombre espontáneo y natural no suele caracterizarse por considerar el *factum* del conocimiento científico como un problema. Al contrario, dentro de su cosmovisión, la ciencia es simplemente una copia o reproducción del objeto, el cual es considerado como totalmente independiente del entendimiento<sup>1</sup>. La existencia de una realidad absoluta que se concibe autónoma respecto del conocimiento humano constituye un presupuesto básico de esta concepción<sup>2</sup>. De ahí que no sea difícil pensar en un paradigma que, tomando como punto de partida la observación, se fundamente primordialmente en enunciados observacionales<sup>3</sup>.

Este punto de vista no aparenta traer grandes dificultades. Al contrario, parece que es congruente con el sentido común. Esto se debe, por un lado, a nuestra costumbre de visualizar toda cuestión como una *evidencia* y no como un complejo de incógnitas a despejar (problemas a resolver); por el otro, a la manera dogmática e irreflexiva de conducirnos en la vida diaria. De ahí que

---

<sup>1</sup> - Cfr., Natorp, Pablo, *Propedéutica filosófica* [trad. de Francisco Larroyo], 2ª edición, México, Porrúa, 1987, pp. 7-8, y Hessen, Juan, *Teoría del conocimiento* [trad. de José Gaos], 12ª edición, México, Porrúa, 2001, p. 47.

<sup>2</sup> Cfr., Kelsen, Hans, "Absolutismo y relativismo en filosofía y en política", en *¿Qué es justicia?* [trad. de Albert Calsamiglia], 2ª edición, Barcelona, Ariel, 1992, p. 113.

<sup>3</sup> Cfr., Popper, Karl, "Sobre el carácter de la ciencia y la metafísica", en *Conjeturas y refutaciones* [trad. de Néstor Míguez], 2ª edición, Barcelona, Paidós, 1983, p. 230.

nuestra manera habitual de pensar sea básicamente *ingenua*. Natorp comenta que:

Por mucho que el conocimiento espontáneo parezca construirse necesaria y justamente sobre la base de percepciones (...), no puede demostrarse satisfactoriamente. Desde el comienzo de los tiempos modernos ha sido modificada poco a poco esta interpretación del conocimiento<sup>4</sup>.

El conocimiento racional no se construye con fundamento en el *caos* de nuestras percepciones sensibles. Las deficiencias del realismo tradicional llevaron, desde hace siglos, a la necesidad de plantear de nuevo las cuestiones filosóficas. De esta manera, el problema de *cómo es posible el conocimiento científico* se antepuso a los interrogantes metafísicos<sup>5</sup>. La filosofía renace, entonces, como *epistemología*. En 1781, Kant plantearía la cuestión en los siguientes términos: “No hay duda alguna que todo nuestro conocimiento comienza con la experiencia. (...) Mas si bien todo nuestro conocimiento comienza *con* la experiencia, no por eso originase todo él *en* la experiencia”<sup>6</sup>.

La ‘revolución copernicana’ del filósofo de Königsberg se basa en la concepción de que la experiencia no puede ser posible sino como *objeto de conocimiento científico*<sup>7</sup>. En este sentido, y únicamente en este sentido, se afirma que la ciencia *constituye* su objeto<sup>8</sup>. Las formas de la intuición

---

<sup>4</sup> Natorp, Pablo, *Propedéutica filosófica*, op. cit., p. 9.

<sup>5</sup> Cfr., García Morente, Manuel, *Lecciones preliminares de filosofía*, 16ª edición, México, Porrúa, 2002, p.109.

<sup>6</sup> Kant, Manuel, *Crítica de la razón pura* [trad. de Manuel García Morente y Manuel Fernández Núñez], 11ª edición, México, Porrúa, 2000, p. 27. El método *crítico* de Kant “no indaga lo que sean los objetos de las diversas ciencias (...); investiga la manera general cómo son conocidos estos objetos, las condiciones que debe llenar todo conocimiento”, nota de Francisco Larroyo en Natorp, Pablo, *Propedéutica filosófica*, op. cit., p. 7.

<sup>7</sup> “La experiencia es sin duda el primer producto que elabora nuestro entendimiento, con la materia bruta de las percepciones sensibles”, Cfr., Kant, Manuel, *Crítica de la razón pura*, op. cit., p. 29. Natorp comenta que “toda relación con el objeto, todo concepto del objeto, y así, pues, del sujeto, nace sólo en el conocimiento”, *Kant y la Escuela de Marburgo* [trad. de J. V. Viqueira], 2ª edición, México, Porrúa, 1987, p. 84.

<sup>8</sup> “[L]a razón no conoce más que lo que ella misma produce según su bosquejo; que debe adelantarse con principios de sus juicios, según leyes constantes, y obligar a la naturaleza a contestar a sus preguntas (...)”. Kant, Manuel, *Crítica de la razón pura*, op. cit., p. 13. En este sentido, Popper: “La solución de Kant es bien conocida. Supuso —correctamente, creo yo— que *el mundo tal como lo conocemos es el resultado de nuestra interpretación de los hechos observables a la luz de teorías que inventamos nosotros mismos*”, “Sobre el

(espacio y tiempo) y las categorías del entendimiento constituyen las condiciones *a priori* de la posibilidad de la experiencia<sup>9</sup>. Con base en esta 'epistemología relativista' (por virtud de la cual el proceso de conocimiento crea su objeto), el *caos* conformado por nuestras percepciones sensibles se transforma en un *cosmos* con un significado propio<sup>10</sup>.

La experiencia, como objeto de conocimiento racional, se integra de un complejo de *fenómenos* y nunca de cosas en sí (*nóúmenos*)<sup>11</sup>. Por tanto, las formas de la intuición y las categorías del entendimiento, como condiciones de toda experiencia posible, únicamente pueden ser referidas a esta última y jamás a *realidades absolutas*. El absoluto queda oculto al conocimiento científico.

Este Kant, el antimetafísico y teórico del conocimiento, es el que va a tener presente la escuela neokantiana de Marburgo, dirigida principalmente por Pablo Natorp y Hermann Cohen. Según el neokantismo, Kant se había limitado a aplicar el método trascendental a las ciencias naturales y matemáticas. Ante esta situación, los neokantianos tratarán de aplicar el mismo método al mundo de la *cultura humana*. Para lograrlo, se requerirá colocar al *factum* de las ciencias naturales y matemáticas el *factum* análogo de las ciencias que tengan por objeto el complejo cultural<sup>12</sup>. En esta cuestión,

---

carácter de la ciencia y la metafísica" en *Conjeturas y refutaciones*, op. cit., p. 237. Natorp comenta que "el entendimiento (...) es el autor de la naturaleza y no solamente su intérprete". *Kant y la escuela de Marburgo*, op. cit., p. 82.

<sup>9</sup> Kant, Manuel, *Crítica de la razón pura*, op. cit., pp. 55 y 78. Cabe aclarar aquí que, no obstante ser las formas de intuición y las categorías del entendimiento clases de *conocimiento a priori*, solamente pueden tener un uso empírico, *i.e.*, referido a objetos de una experiencia posible, y nunca un uso *trascendental* (referido a cosas en sí). *Cfr.*, *ibidem*, p. 143.

<sup>10</sup> *Cfr.*, Kelsen, Hans, "Absolutismo y relativismo en filosofía y en política" en *¿Qué es justicia?*, op. cit., p. 115. "El relativismo filosófico aboga por la doctrina empírica según la cual la realidad sólo existe dentro de los límites del conocimiento humano, y la realidad, como objeto de conocimiento, depende del sujeto cognoscente. El absoluto, la cosa en sí misma, sobrepasa la experiencia humana; es inaccesible al conocimiento humano y, por tanto, incognoscible", *ibidem*, p. 114.

<sup>11</sup> Kant, Manuel, *Crítica de la razón pura*, op. cit., pp. 15, 92, 108 y 151.

<sup>12</sup> *Cfr.*, González Vicén, Felipe, "Sobre el neokantismo lógico jurídico", en *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, no. 2, España, Universidad de Alicante, 1985, pp. 30 - 33. Sobre el particular, Natorp afirma: "El punto de partida firme, el pensamiento capital, sólido de todo nuestro filosofar, es, como se ha dicho, el 'método trascendental' (...) [E]xigimos para cada afirmación filosófica una fundamentación 'trascendental', una *deductio juris* (...). Esta exigencia encierra en sí dos cosas esenciales. La primera es la



la importancia fundamental de la aplicación de la *versión regresiva del argumento trascendental* es indiscutible. Stanley L. Paulson comenta sobre el particular: “La versión regresiva del razonamiento trascendental (...) emerge como una forma característica de razonamiento entre los neokantianos (...)”<sup>13</sup>.

La estructura regresiva del argumento trascendental (que consiste en proceder regresivamente o ‘hacia atrás’ del *factum* de la ciencia a las categorías presupuestas o principios) puede ser reformulada del modo siguiente:

1.-  $R$  (*factum* de la ciencia).

En el caso de Kant, la mecánica celeste de Isaac Newton

2.-  $R \rightarrow Q$

*Condiciones* que hacen posible dicho *factum*

3.-  $Q$

*Condiciones* como *conclusión*<sup>14</sup>

Kelsen interpretará el método trascendental de Kant de la misma forma<sup>15</sup>. En las siguientes páginas trataré esta problemática.

---

relación con los hechos patentes, históricamente determinables de la ciencia, de la moralidad, del arte, de la religión. La filosofía no puede respirar en el ‘espacio vacío’ del pensamiento puro (...). [La segunda], indicar para el hecho (...) el fundamento de la posibilidad, y con esto el fundamento de derecho (...); esto es, indicar y hallar en su pureza el fundamento nómico, la unidad del logos, de la razón en todo hecho creador de la cultura”. *Kant y la escuela de Marburgo*, op. cit., p. 80.

<sup>13</sup> Paulson, Stanley, “La alternativa kantiana de Kelsen: una crítica”, en *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, no. 9, España, Universidad de Alicante, 1991, p. 184.

<sup>14</sup> *Cfr.*, ídem.

<sup>15</sup> Paulson cita las siguientes palabras de Cohen: “Si (...) yo tomara el conocimiento no como una forma y manera de la conciencia sino como un hecho que se ha establecido por él mismo en la ciencia y que continúa estableciéndose el mismo en las fundamentaciones dadas, entonces la pregunta no se dirige a un hecho subjetivo sino a un hecho que cualquiera que sea el alcance de su auto-propagación, es no obstante un hecho objetivamente dado, un hecho basado en principios. En otras palabras, la cuestión ya no se dirige al proceso y a la estructura de conocimiento, sino a su resultado, a la misma ciencia. Entonces la pregunta aparece inequívocamente: ¿De qué presunciones deriva su certeza este hecho científico?”, *ibidem*, p. 185.

### 1.1.2.-El deslinde ser – deber ser

En la primera edición de su obra principal (1934), Kelsen afirma:

La Teoría pura del derecho trata de deslindar claramente el objeto de su conocimiento de las dos direcciones en que el sincretismo metódico dominante, pone en peligro su autonomía. El derecho es un fenómeno social, pero la sociedad es un objeto completamente diferente de la naturaleza.<sup>16</sup>

Naturaleza y sociedad, ¿son objetos distintos? ¿La ciencia jurídica es una ciencia natural o una ciencia social? ¿Cuáles son las *condiciones de posibilidad* de la ciencia del derecho?

Para la *Teoría pura del derecho*, ‘ser’ y ‘deber ser’ guardan la relación de un irreductible *dualismo*<sup>17</sup>. En realidad, son expresiones que tienen una función explicativa distinta. Este deslinde es la piedra de toque para la explicitación de los sentidos diversos en que se vinculan los elementos componentes de dos principios a través de los cuales Kelsen intenta describir fenómenos de distinto orden. Esta distinción se encuentra ya planteada desde su primer libro *Problemas capitales de la teoría jurídica del estado* de 1911<sup>18</sup>.

Para Kelsen, la expresión ‘naturaleza’ nombra un complejo de fenómenos que guardan entre sí una relación de causa a efecto, *i.e.*, que se ajustan a un principio específico denominado de ‘*causalidad*’<sup>19</sup>. Este

---

<sup>16</sup> Kelsen, Hans, *La Teoría pura del derecho. Introducción a la problemática científica del derecho* [trad. de Jorge G. Tejerina], 2ª edición, México, Nacional, 1981, p. 26.

<sup>17</sup> Cfr., Kelsen, Hans, *Teoría general de las normas* [trad. de Hugo Carlos Delory Jacobs], México, Trillas, 1994, p. 75. En cierto sentido, este dualismo hereda la oposición *physis – nomos* que data de la Grecia Antigua, la cual representa el deslinde entre dos ámbitos distintos: por un lado, el mundo regido por la legalidad de la naturaleza y, por el otro, el mundo artificial de las meras *convenciones humanas*. Cfr., Tamayo y Salmorán, Rolando, *Razonamiento y argumentación jurídica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 60-66.

<sup>18</sup> “He aquí por qué la presente obra toma como punto de partida la *fundamental antinomia entre el ser y el deber ser* (...); vemos en el deber ser la expresión de la autonomía del derecho (...)”, Kelsen, Hans, *Problemas capitales de la teoría jurídica del estado* [trad. de Wenceslao Roces], México, Porrúa, 1987, p. XL.

<sup>19</sup> Cfr., Kelsen, Hans, “Causalidad e imputación” en *¿Qué es justicia?*, op. cit., p. 221.

principio lo formularé de la siguiente manera:

‘Si  $P$  es, entonces será  $Q$ ’  
(o simplemente: ‘ $P \rightarrow Q$ ’)

La expresión ‘sociedad’, por otro lado, nombra un *orden de la conducta humana*. Sin embargo, parece que no existe razón suficiente para considerar que la conducta humana no es un elemento de la naturaleza, *i.e.*, que no está determinada por leyes causales. ¿Cómo es posible, entonces, una ciencia que describa a la sociedad, considerando a ésta no como parte de la naturaleza, sino como un objeto que exige una explicación autónoma?

De acuerdo con la epistemología kantiana, el conocimiento racional no se refiere a cosas en sí (nómenos) sino a *fenómenos*. El absoluto jurídico permanece oculto al conocimiento científico. *No existen hechos jurídicos en sí*<sup>20</sup>. La calificación o interpretación jurídica de la conducta humana no se deriva de la observación ni se fundamenta en enunciados observacionales. Se requiere *algo* que haga posible dicha atribución significativa (*i.e.*, lo que Kelsen denomina ‘asignación del *sentido objetivo*’). ¿Cómo resolver el problema?

La versión regresiva del argumento trascendental nos dará un acercamiento a la solución del mismo. Kelsen afirma que:

Partiendo del *factum* de la ciencia del derecho, [la teoría pura] somete a un análisis lógico las proposiciones con las cuales esta ciencia describe su objeto; es decir, constata los presupuestos que hacen posible las proposiciones sobre deberes y derechos jurídicos, responsabilidad jurídica, sujeto jurídico, personas físicas y jurídicas, órganos jurídicos, competencia jurídica, etc. De esta manera obtiene el concepto fundamental de todo conocimiento jurídico: el concepto de norma que afirma que algo, o más exactamente, una determinada conducta humana, debe ser. (...) [E]n las proposiciones jurídicas, la vinculación de condición y consecuencia se realiza según un principio para el cual la ciencia no ha encontrado hasta ahora ningún nombre que sea universalmente reconocido y para el que la teoría pura del derecho ha propuesto el de *imputación*.<sup>21</sup>

<sup>20</sup> Cfr., Tamayo y Salmorán, Rolando, *Sobre el sistema jurídico y su creación*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1976, p. 34.

<sup>21</sup> Kelsen, Hans, *¿Qué es la teoría pura del derecho?* [trad. de Ernesto Garzón Valdés], 8ª edición, México, Fontamara, 2001, pp. 9-10.

Por tanto, la estructura del argumento kelseniano se reformula en los términos siguientes:

1.-  $R$  (*factum* de la ciencia jurídica)

2.-  $R \rightarrow Q$

Condiciones que hacen posible dicho *factum*  
(En este caso, la categoría de *imputación*)

3.-  $Q$

La imputación como *conclusión*<sup>22</sup>

De esta manera, la categoría de imputación constituye una de las condiciones que hacen posible la *experiencia jurídica*. Dicha categoría desempeña una función análoga a la que realiza el concepto de causalidad en las ciencias naturales. En este sentido, el principio de imputación explicita la vinculación específica que se da entre el acto ilícito y la sanción, conexión que indistintamente denominaré 'deber ser' o 'relación de imputación'<sup>23</sup>. Dicha conexión específica puede representarse así:

'Si  $\phi$  es, entonces *debe ser*  $\psi$ '<sup>24</sup>,

donde  $\phi$  y  $\psi$  representan *conducta humana*:  $\phi$  el acto ilícito y  $\psi$  la sanción<sup>25</sup>. De este modo, la conducta humana *imputativamente vinculada* recibe la denominación de 'norma'<sup>26</sup>. La norma representa un *esquema de explicitación conceptual de la conducta humana* que puede caracterizarse

<sup>22</sup> Cfr., Paulson, Stanley, "La alternativa kantiana de Kelsen: una crítica", op. cit., p. 179.

<sup>23</sup> "El *deber ser* limitase a existir como una categoría relativamente apriorística para la aprehensión del material jurídico empírico (...). Es categoría gnoseológico – trascendental en el sentido de la filosofía kantiana", Kelsen, Hans, *La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática científica del derecho*, op. cit., pp.49-51.

<sup>24</sup> Cfr., Kelsen, Hans, "Causalidad e imputación" en *¿Qué es justicia?*, op. cit., p. 222, y *Teoría pura del derecho*, op. cit., pp. 90-91. También se puede enunciar del modo siguiente: 'Si  $\phi$  es, entonces  $\psi$  se *imputa* a  $\phi$ '. Cfr., Tamayo y Salmorán, Rolando, *Sobre el sistema jurídico y su creación*, op. cit., p. 23.

<sup>25</sup> Cfr., Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del estado* [trad. de Eduardo García Máynez], México, UNAM, 1995, p. 108.

<sup>26</sup> Cfr., Tamayo y Salmorán, Rolando, *Sobre el sistema jurídico y su creación*, op. cit., p. 33.

como el sentido de un acto de voluntad que establece que determinado comportamiento debe ser<sup>27</sup>.

Lo que convierte a... [un] suceso en acto jurídico (o antijurídico) no es su facticidad, no es su "ser" natural, esto es, su "ser" causalmente determinado y contenido en el sistema de la naturaleza, sino en el sentido objetivo que está ligado a ese acto, la significación que él tiene. El hecho en cuestión recibe el sentido específicamente jurídico, su peculiar significación jurídica, mediante una norma que se refiere a él con su contenido, que le confiere la significación jurídica de suerte tal que el acto puede ser interpretado de acuerdo a esta norma.<sup>28</sup>

Con fundamento en el criticismo kantiano, la ciencia *constituye* su objeto. Por tanto, la ciencia jurídica posee un carácter *constitutivo*, y en consecuencia, produce su objeto (*la experiencia jurídica*) al concebirlo como una totalidad significativa, *i.e.*, como un complejo de normas jurídicas<sup>29</sup>.

Tanto el principio de causalidad como el de imputación se formulan lingüísticamente a través de una *proposición condicional*; sin embargo, el sentido de la conexión condición-consecuencia es distinto. Además, en el principio de causalidad, la vinculación de causa a efecto es *independiente* de los actos realizados por seres humanos, mientras que en el principio de imputación, la relación entre acto ilícito y sanción queda establecida, precisamente, por un *acto humano*, *i.e.*, un acto creador de derecho<sup>30</sup>.

### 1.1.3.-El método lingüístico<sup>31</sup>

La imputación, como categoría del entendimiento, constituye la condición de posibilidad de todas aquellas ciencias que tengan por objeto el estudio de la *sociedad*. Siendo el sistema social un orden normativo que

---

<sup>27</sup> Cfr., Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho* [trad. de Roberto J. Vernengo], 11ª edición, México, Porrúa, 2000, pp. 17-19.

<sup>28</sup> Kelsen, Hans, *La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática científica del derecho*, op. cit., p. 30.

<sup>29</sup> Cfr., Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, op. cit., p. 85. "Al quedar el derecho (...) determinado como norma, queda también delimitado frente a la naturaleza", *ibidem*, p. 71.

<sup>30</sup> Cfr., Kelsen, Hans, "Causalidad e imputación", en *¿Qué es justicia?*, op. cit., p. 223.

<sup>31</sup> Tomo esta expresión de Joseph Raz. Cfr., "El problema de la naturaleza del derecho", en *Isonomía. Revista de teoría y filosofía del derecho*, no. 3, México, ITAM, 1995, p. 132.

regula la conducta humana, dicha categoría constituye no sólo la condición de posibilidad de la ciencia jurídica, sino también de la ética.

La *Teoría pura del derecho*, al establecer el requerimiento metateórico de la pureza metódica, exige la distinción entre la *experiencia jurídica* (objeto exclusivo de la ciencia del derecho) y el *orden moral* (objeto exclusivo de la ética) con la finalidad de evitar el sincretismo metódico<sup>32</sup>. Por consiguiente, surge la necesidad de establecer el criterio fundamental para deslindar ambos objetos pertenecientes al mismo conjunto denominado 'sistema social'. Kelsen afirma:

Cualquier intento de definición de un concepto debe tomar como punto de partida el uso común de la palabra que designa el concepto en cuestión. Al definir la noción del derecho, debemos empezar por examinar los siguientes problemas: ¿presentan los fenómenos sociales generalmente denominados "derecho" una característica común que los distinga de otros fenómenos sociales de naturaleza semejante? ¿Tiene esa característica tal importancia en la vida social del hombre que podamos hacer de ella la base de un concepto capaz de servir para el conocimiento de esa misma vida?<sup>33</sup>

Para Kelsen, entre derecho y moral se presentan las siguientes características comunes:

- 1.-Ambos son sistemas normativos que no se distinguen por su contenido.
- 2.-Ambos regulan la conducta humana, tanto exterior como interior.
- 3.-Ambos son positivos
- 4.-Ambos establecen sanciones<sup>34</sup>.

¿Cuál es, entonces, el criterio fundamental para distinguir ambas expresiones? Si tanto el derecho como la moral establecen sanciones, ¿cuál puede ser la diferencia específica entre ambos objetos? Kelsen señala que la nota común que caracteriza a todos los sistemas sociales denominados 'derecho' es la *coacción*. 'Derecho' es la expresión que designa a todo *orden coactivo de la conducta humana*.

---

<sup>32</sup> Cfr., Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, op. cit., p. 15. La negación del sincretismo metódico se dirige en dos direcciones: por un lado, a la separación de la ciencia del derecho de la *ciencia natural*; por el otro, a su deslinde de la *ética* y de la *teoría política*. Cfr., ibidem, p. 15.

<sup>33</sup> Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del estado*, op. cit., pp. 4-5.

<sup>34</sup> Cfr., Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, op. cit., pp. 72-74.

[H]e tratado con detenimiento el problema de la diferencia específica entre las normas jurídicas y otras normas, especialmente la diferencia entre las normas jurídicas y las normas morales, y (...) sostengo que ella estriba en que las normas jurídicas prescriben cierta conducta humana al imputar a la conducta contraria un acto coercitivo como sanción. De acuerdo con la Teoría Pura del Derecho, la característica interna de la norma jurídica es que establece un acto coercitivo. (...) [T]ambién las normas morales establecen sanciones. Pero estas sanciones no son —como las de las normas jurídicas— actos coercitivos, sino actos de aprobación del comportamiento conforme a las normas morales y de desaprobación de la conducta contraria.<sup>35</sup>

Por su lado, la moral es caracterizada como un ‘orden primitivo sin carácter coactivo’<sup>36</sup>. De esta manera, la *coacción* deviene el criterio decisivo de deslinde entre norma jurídica y norma moral.

## 1.2.-Normas y enunciados jurídicos

La distinción entre los términos ‘derecho’ y ‘ciencia del derecho’ es fundamental para la comprensión de la doctrina kelseniana. Este deslinde se hace necesario debido a que, en los usos del lenguaje, el derecho frecuentemente es identificado con la ciencia jurídica que lo describe, del mismo modo que la moral se confunde con la ética.

En la evidente afirmación de que el objeto de la ciencia del derecho es el derecho, se encuentra —menos evidentemente— incluida la afirmación de que el objeto de la ciencia del derecho lo constituyen las normas jurídicas, y también la conducta humana, pero sólo en la medida en que está determinada en las normas jurídicas como condición o efecto; en otras palabras, en cuanto la conducta humana es contenido de las normas jurídicas.<sup>37</sup>

---

<sup>35</sup> Kelsen, Hans, “El profesor Stone y la teoría pura del derecho”, en *Contribuciones a la teoría pura del derecho* [trad. de Eduardo Vásquez *et al.*], 3ª edición, México, Fontamara, 1995, pp. 50-51. “El derecho sólo puede ser distinguido esencialmente de la moral cuando es concebido (...) como un orden coactivo”, *Teoría pura del derecho*, op. cit., p. 75. “Partiendo de una comparación de los órdenes sociales calificados como derecho, llega la teoría pura del derecho al resultado de que estos órdenes son esencialmente órdenes coactivos”, *¿Qué es la teoría pura del derecho?*, op. cit., pp. 10-11.

<sup>36</sup> Cfr., Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, op. cit., p. 75.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 83.

Las expresiones ‘derecho’ y ‘ciencia del derecho’ *no son equivalentes*. Para explicar esta cuestión, se puede convenir que ‘Cδ’ sea el equivalente a la expresión ‘ciencia jurídica’. Dicha equivalencia la representaré del modo siguiente:

Cδ ≡ Ciencia del derecho,

donde ‘C’ señala el operador ‘ciencia de’ o sus equivalentes y ‘δ’ nombra el objeto que se estudia. De esta manera, tanto ‘Cδ’ como ‘δ’ no hacen referencia al mismo objeto. Por un lado, ‘δ’ denota a un orden coactivo de la conducta humana (*i.e.*, el derecho, la ‘experiencia jurídica’); por el otro, ‘Cδ’ nombra la disciplina científica que tiene por objeto el conocimiento de ‘δ’; esto es:

<u>DISCIPLINA</u> ‘Ciencia del derecho’ (Cδ)	<u>OBJETO DE ESTUDIO</u> ‘Derecho’ (δ)
--	--

Por consiguiente, si ‘ciencia del derecho’ y ‘derecho’ son expresiones que tienen como referentes objetos distintos y además guardan la relación que corresponde a toda ciencia respecto de su materia de estudio, *no son ni pueden ser equivalentes*.

La distinción entre la función de la ciencia jurídica y la función de la autoridad jurídica –y, por ende, entre el producto de una y otra– frecuentemente es ignorada; así en el uso lingüístico “derecho” y “ciencia del derecho” aparecen como expresiones sinónimas (...). Pero la ciencia del derecho sólo puede *describir* el derecho; no puede, a diferencia del derecho producido en normas generales e individuales por la autoridad jurídica, *prescribir* algo.<sup>38</sup>

Sin embargo, esto no es más que el principio del problema. Cabe preguntar: ¿cuáles son los elementos que integran la experiencia jurídica y qué características tienen? ¿En qué se distinguen dichos elementos de

---

<sup>38</sup> Ibidem, p. 86. Cabe recordar aquí que los romanos distinguían entre *iurisprudentia* y *ius*. Tomando como marco de referencia la racionalidad de la Grecia Antigua, se puede afirmar que mientras la *prudentia iuris* se representa vinculada con la *epísteme* griega (en una variante denominada *phrónesis*), el *ius* se entiende como parte de la *empíria*, *i.e.*, del mundo de la ‘experiencia’. Cfr., Tamayo y Salmorán, Rolando, *Razonamiento y argumentación jurídica*, op. cit., pp. 91-109.



aquellos que pertenecen al conjunto ‘ciencia jurídica’? Para responder a estas cuestiones, será necesario introducir el siguiente esquema explicativo:

$$\begin{array}{l} C\delta \equiv \{ \alpha, \alpha, \alpha, \alpha, \alpha, \alpha, \dots \} \\ \quad \downarrow \downarrow \downarrow \downarrow \downarrow \downarrow \\ \delta \equiv \{ n, n, n, n, n, n, \dots \}^{39}, \end{array}$$

donde ‘ $\alpha$ ’ representa un *enunciado jurídico* y ‘ $n$ ’ una *norma jurídica*. De esta manera, mientras que el derecho se integra de un complejo de normas jurídicas, la ciencia del derecho se compone de enunciados jurídicos<sup>40</sup>. A continuación explicaré sucintamente cada una de estas expresiones.

La expresión ‘norma jurídica’ nombra, como ya se ha comentado, el sentido de un acto de voluntad que establece que determinado comportamiento debe ser<sup>41</sup>. Una norma jurídica se describe a través de un enunciado jurídico: *Bajo ciertas condiciones determinadas por el orden jurídico, debe producirse un acto de coacción, también determinado por el orden jurídico*<sup>42</sup>. Todo orden jurídico se describe a través de enunciados de este tipo. Para distinguir entre norma jurídica y enunciado jurídico, propongo representar entre comillas simples a este último:

$$\alpha \equiv \text{‘Si } \phi \text{ es, entonces debe ser } \psi \text{’}$$

Cabe aclarar, por consiguiente, que las normas jurídicas *no son juicios*

<sup>39</sup> Tomo la idea de este esquema de Rolando Tamayo. *Cfr.*, ibidem, p. 34. Por otra parte, utilizo ‘ $\alpha$ ’ para referirme a los enunciados que integran a la ciencia del derecho (‘enunciados jurídicos’ en la terminología de Kelsen). *Cfr.*, ibidem, pp. 31-33.

<sup>40</sup> “[L]a ciencia jurídica (...) describe las normas jurídicas producidas por actos de conducta humana, así como las normas que mediante esos actos son aplicadas y acatadas, y al hacerlo describe las relaciones constituidas mediante esas normas jurídicas entre los hechos por ellas determinados. Las oraciones en que la ciencia jurídica describe esas relaciones, deben distinguirse, en cuanto enunciados jurídicos, de las normas jurídicas producidas por los órganos de derecho, que deben ser aplicadas por ellos y obedecidas por los sujetos de derecho”, Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, op. cit., p. 84.

<sup>41</sup> “ ‘Norma’ es el sentido de un acto con el cual se ordena o permite y, en especial, se autoriza, un comportamiento”, ibidem, p. 19.

<sup>42</sup> Ibidem, pp. 90-91.

*hipotéticos*. Sobre este punto, Kelsen afirma:

Las *normas* jurídicas no constituyen proposiciones, esto es, enunciados declarativos sobre un objeto dado al conocimiento. Según su sentido, son mandamientos y, en cuanto tales, órdenes, imperativos; pero no sólo mandamientos, sino también permisiones y autorizaciones; en ningún caso, empero, pese a lo que a veces se suele afirmar al identificar el derecho con la ciencia del derecho, información instructiva. El derecho ordena, permite, faculta; no “informa”.<sup>43</sup>

Las normas jurídicas tienen las siguientes características:

- 1.-Son el sentido de actos de voluntad de autoridad jurídica.
- 2.-No son verdaderas ni falsas, sino válidas o no válidas.
- 3.-Vinculan conducta humana.
- 4.-El ‘deber ser’ que las integra tiene un carácter *prescriptivo*<sup>44</sup>.

La expresión ‘validez’, por otra parte, nombra la existencia específica de una norma jurídica. Dicha validez está condicionada a dos supuestos: a) Que la norma sea impuesta por un acto de instauración y b) que el orden jurídico al cual pertenece sea en términos generales eficaz<sup>45</sup>.

La norma jurídica se refiere a determinada *conducta humana*:

Las normas de un ordenamiento regulan siempre conducta humana; sólo el comportamiento humano es regulado mediante normas. Otros objetos que no sean conducta humana pueden constituirse en el contenido de normas, pero sólo en relación con conducta humana (...), en cuanto únicamente condición o efecto de la conducta humana.<sup>46</sup>

---

<sup>43</sup> Ibidem, p. 84. “Es verdad que en mi *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* que apareció en 1911 defendí la tesis de que las normas jurídicas eran juicios hipotéticos. (...) Pero más tarde la rechacé. (...) Un juicio (...) es el sentido de un acto de conocimiento, mientras que una norma es el sentido de un acto de voluntad. (...) De acuerdo con la teoría que expuse en mi *General Theory of Law and State*, las normas jurídicas *no* son juicios hipotéticos”, Kelsen, Hans, “El profesor Stone y la teoría pura del derecho”, en *Contribuciones a la teoría pura del derecho*, op. cit., pp. 58-59, y *Teoría general del derecho y del estado*, op. cit., p. 52.

<sup>44</sup> Cfr., ibidem, p. 53, y *Teoría pura del derecho*, op. cit., pp. 19, 25, 28, 85, y 88. En realidad, las normas inválidas no son normas.

<sup>45</sup> Ibidem, pp. 23, 24 y 223, y *Teoría general del derecho y el estado*, op. cit., p. 49.

<sup>46</sup> Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, op. cit., p. 28.

En este sentido, se puede afirmar que la norma (como ya se ha mencionado) es conducta humana imputativamente vinculada<sup>47</sup>. Esta vinculación sólo es *posible* presuponiendo la categoría de *imputación*, que es aplicada, precisamente, a través de los enunciados jurídicos. La relación de imputación –como correctamente señala Rolando Tamayo– no puede presentarse *vacía* de conductas<sup>48</sup>. Así como las categorías del entendimiento kantianas, no obstante ser conocimientos *a priori*, únicamente pueden tener un uso empírico y nunca *trascendental*, la relación de imputación solamente puede vincular *acontecimientos de la experiencia*, *i.e.*, conductas humanas *históricamente posibles*<sup>49</sup>.

Por último, en lo que se refiere a la norma jurídica, Kelsen afirma que el *deber ser* que la integra tiene un carácter *prescriptivo*. Si la norma es representada de la forma:

Si  $\phi$  es, entonces *debe ser*  $\psi$ ,

se tiene que precisar que el ‘deber ser’ o ‘relación de imputación’ que la compone puede referirse a tres funciones normativas: ordenar, permitir o autorizar determinado comportamiento humano<sup>50</sup>. De ahí que sea necesario deslindar la conducta *debida* de la conducta *obligatoria*. La conducta *debida* es  $\psi$  (*i.e.*, la sanción), mientras que la conducta *obligatoria* es  $\neg\phi$  (*i.e.*, aquel acto contrario a la condición establecida por la norma). ‘Deber ser’ no es equivalente a ‘deber jurídico’. La conducta ‘debida’ es la sanción coactiva, *no la conducta obligatoria*: “La conducta obligatoria no es la conducta debida;

---

<sup>47</sup> Cfr., Tamayo y Salmorán, Rolando, *Sobre el sistema jurídico y su creación*, op. cit., p. 33. El líder de la escuela vienesa afirma que “la conducta que es y la conducta debida no son idénticas; la conducta debida es igual a la conducta real, difiriendo sólo en la circunstancia (modalidad) de que una tiene existencia, y la otra debe producirse”, Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, op. cit., p. 20.

<sup>48</sup> Cfr., Tamayo y Salmorán, Rolando, *Sobre el sistema jurídico y su creación*, op. cit., p. 24.

<sup>49</sup> Esto es, comportamientos que tengan una triple magnitud: espacial, temporal y personal. Cfr., *ibidem*, op. cit., p. 25, Kelsen, Hans, *La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática científica del derecho*, op. cit., pp. 32-35, *Teoría general del derecho y del estado*, op. cit., pp. 49-51, *Teoría pura del derecho*, op. cit., pp. 26-28.

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 19.

debida es la sanción. Que una conducta sea obligatoria significa que lo opuesto a esa conducta es condición de que la sanción sea debida”<sup>51</sup>.

Por su parte, los enunciados jurídicos (‘ $\alpha$ ’) a través de los cuales la ciencia del derecho conoce a su objeto (las normas jurídicas o ‘ $n$ ’) tienen las siguientes características:

- 1.-Son el sentido de actos de conocimiento.
- 2.-Son verdaderos o falsos.
- 3.-El ‘deber ser’ que los integra tiene un carácter *descriptivo*<sup>52</sup>.

A manera de conclusión, diré que del mismo modo como ‘ciencia del derecho’ no es equivalente a ‘derecho’, ‘enunciado jurídico’ no lo es con respecto a ‘norma jurídica’. Confundir estos términos implicaría la total distorsión de la *Teoría pura*, por lo que siempre debe tenerse presente.

### 1.3.-La ‘validez’ y el problema de la norma fundamental

‘Validez’ es la expresión que nombra *la existencia específica de una norma*<sup>53</sup>. Kelsen comenta: “Validez del derecho significa que las normas jurídicas son obligatorias, que los hombres deben conducirse como éstas lo prescriben, y que deben obedecer y aplicar las mismas (...)”<sup>54</sup>. De esta manera, se puede afirmar que:

‘Validez’  $\equiv$  fuerza obligatoria  
de la norma

---

<sup>51</sup> Ídem. “[C]on ese ‘debe’ se cubre tanto el caso en que la ejecución de la consecuencia prevista para lo ilícito sólo esté autorizada, o (positivamente) permitida, como también el caso en que esté ordenada”, *ibídem*, p. 93.

<sup>52</sup> *Ibídem*, pp. 85-88.

<sup>53</sup> *Cfr.*, Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del estado*, op. cit., p. 45, y *Teoría pura del derecho*, op. cit., p. 23. “Cuando describimos el sentido, o el significado, de un acto que instituye una norma, decimos que, con el acto en cuestión, cierto comportamiento humano es ordenado, mandado, prescrito, preceptuado, prohibido; o bien, admitido, permitido, autorizado. (...) [P]odemos expresar la validez de una norma diciendo que algo debe ser o no; o debe ser hecho o no. Si la existencia específica de una norma es designada como su ‘validez’, recibe expresión así la modalidad particular en que se presenta, a diferencia de la realidad de los hechos naturales”, *ibídem*, pp. 23-24.

<sup>54</sup> Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del estado*, op. cit., p. 46.

Distinto de la ‘validez’ es la *eficacia*. Ésta constituye una condición de la validez del derecho. Como ya se ha mencionado, la validez de una norma jurídica está sujeta a dos condiciones: a) Que sea creada a través de un acto de instauración y b) que pertenezca a un orden jurídico que, considerado en su totalidad, sea eficaz. Kelsen señala: “Puesto que la validez de una norma no es algo real, corresponde distinguir su validez de su eficacia, esto es, del hecho real de que ella sea aplicada y obedecida en los hechos”<sup>55</sup>.

Pero, ¿por qué vale una norma jurídica? ¿Cuál es su *fundamento de validez*? ¿Qué es lo que funda la *unidad* de una pluralidad de normas?

El derecho es un orden de la conducta humana. Un “orden” es un conjunto de normas. El derecho no es, como a veces se dice, una norma. Es un conjunto de normas que tienen el tipo de unidad a que nos referimos cuando hablamos de un sistema. (...) Las relaciones entre las normas de un orden jurídico son también esenciales a la naturaleza del derecho. Únicamente sobre la base de una clara comprensión de las relaciones que constituyen un ordenamiento jurídico, puede entenderse plenamente la naturaleza del derecho<sup>56</sup>.

El orden jurídico es un sistema *dinámico*<sup>57</sup>. Una característica del derecho es que *regula su propia creación* “en cuanto una norma jurídica determina la forma en que otra es creada, así como, en cierta medida, el contenido de la misma”<sup>58</sup>. En este sentido, el orden jurídico, puede ser caracterizado como un complejo de actos creadores de derecho. Cabe aclarar, sin embargo, que es incorrecto afirmar que el derecho consiste en normas y actos. Un orden coactivo se integra por normas y actos *jurídicos*<sup>59</sup>. Ahora bien, ciertos hechos integran la experiencia jurídica (*i.e.*, son ‘actos jurídicos’) *únicamente* si crean y aplican normas de derecho.

Los materiales jurídicos que componen a un orden normativo están relacionados de tal forma que integran un *sistema escalonado de creación*<sup>60</sup>.

---

<sup>55</sup> Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, op. cit., p. 24.

<sup>56</sup> Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del estado*, op. cit., p. 3.

<sup>57</sup> Kelsen distingue entre dos especies de teoría del derecho: la *nomoestática*, en la cual el conocimiento se orienta hacia las normas, y la *nomodinámica*, en la que la explicación se refiere a conducta humana proyectada hacia actos de creación y aplicación de las normas. *Cfr.*, *Teoría pura del derecho*, op. cit., pp. 83-84.

<sup>58</sup> *Cfr.*, Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del estado*, op. cit., p. 146.

<sup>59</sup> *Cfr.*, *ibidem*, p. 46.

<sup>60</sup> *Cfr.*, Kelsen, Hans, *¿Qué es la teoría pura del derecho?*, op. cit., p. 20, y Tamayo y Salmorán, Rolando, *Sobre el sistema jurídico y su creación*, op. cit., p. 123. “El mérito de

Lo que Kelsen denomina ‘construcción escalonada del derecho’ se refiere, simplemente, al conjunto de etapas que constituyen el procedimiento de creación normativa. Kelsen denominó ‘normas’ a estos materiales jurídicos. Sin embargo, resulta claro que la constitución de un orden jurídico, una ley o una sentencia *no constituyen normas completas*, en el sentido de que no tienen la misma estructura que corresponde a los enunciados del tipo ‘Si  $\phi$  es, entonces *debe ser*  $\psi$ ’. Dichas disposiciones representan solamente diversas etapas del proceso jurídico de creación<sup>61</sup>. Sobre el particular, Kelsen afirma:

Si examinamos el orden jurídico desde el punto de vista dinámico aquí explicado, parecerá posible definir el concepto del derecho en forma enteramente distinta de aquella en que nuestra teoría lo ha definido. (...) El concepto dinámico, sin embargo, sólo en apariencia es un concepto del derecho. El concepto dinámico únicamente ofrece una respuesta en relación con el problema que consiste en determinar si, y por qué, cierta norma pertenece a un sistema de preceptos jurídicos válidos, o es parte integrante de cierto ordenamiento jurídico<sup>62</sup>.

La norma jurídica únicamente tiene dicho carácter si regula conducta humana mediante el establecimiento de un *acto coactivo como sanción*<sup>63</sup>. De ahí que la descripción del derecho se lleve a cabo, precisamente, a través de enunciados jurídicos del tipo mencionado.

Para Kelsen, el problema de la *unidad* del orden jurídico se plantea del modo siguiente: ¿en qué condiciones son *posibles* todos los juicios relativos a normas de derecho, deberes jurídicos, derechos subjetivos, etc.?<sup>64</sup> Para resolver la cuestión, Kelsen recurre, de nuevo, a la epistemología kantiana. Así como Kant se pregunta sobre la posibilidad de una interpretación, que sea libre de toda metafísica, de los hechos dados a nuestros sentidos en las leyes formuladas por la ciencia natural, la *Teoría pura* se pregunta: ¿cómo es

---

haber concebido y expuesto el orden jurídico como un sistema *genético* de normas de derecho que van concretándose gradualmente desde la constitución, pasando por la ley y el decreto y demás fases intermedias, hasta los actos jurídicos de ejecución, corresponde a Adolf Merkl”, Kelsen, Hans, *Problemas capitales de la teoría jurídica del estado*, op. cit., p. XLVIII.

<sup>61</sup> En este sentido lo explica Rolando Tamayo. *Cfr.*, *Sobre el sistema jurídico y su creación*, op. cit., p. 122.

<sup>62</sup> Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del estado*, op. cit., p. 144.

<sup>63</sup> *Cfr.*, *ibidem*, p. 145. Lo que Kelsen denomina ‘normas no independientes’, se refiere a materiales jurídicos que sólo determinan las condiciones bajo las cuales se han de llevar a cabo las sanciones. *Cfr.*, *Teoría pura del derecho*, op. cit., pp. 67-69.

<sup>64</sup> *Cfr.*, Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y el estado*, op. cit., p. 137.

posible la interpretación, que no eche mano de autoridades metajurídicas, como dios o la naturaleza, del sentido subjetivo de ciertos hechos, como un sistema de normas de derecho válidas objetivamente, describibles en enunciados jurídicos? O mejor: *¿bajo qué condiciones o presupuestos puede interpretarse como derecho el material empírico que se ofrece a la interpretación jurídica?*<sup>65</sup>

La búsqueda del fundamento de validez de una norma no puede proseguir, según Kelsen, hasta el infinito. Una pluralidad de normas jurídicas integran una *unidad* (i.e., un orden o sistema) si su validez puede ser atribuida a una norma única. Esta norma no forma parte del material jurídico positivo, i.e., no es ni ha sido impuesta por un acto de instauración. Constituye, simplemente, el *presupuesto* de toda interpretación positivista del material jurídico. En este sentido, el concepto de 'norma fundamental' (Nf) representa una *categoría explicativa* que "pone al descubierto (...) las condiciones lógicas trascendentales del método del conocimiento positivo del derecho que se practica desde tiempo inmemorial"<sup>66</sup>. Su formulación esquemática se puede representar del modo siguiente:

Nf ≡ "Debe realizarse la coacción bajo las condiciones y en la forma que determinen el primer constituyente o las instancias en que él hace delegación"<sup>67</sup>

De esta manera, junto con la Nf se presupone también el carácter *coactivo* del derecho. Sin embargo, es necesario deslindar el 'criterio' del derecho (i.e., la coacción) de la *función* de la Nf. En otras palabras, la razón de validez *no es el criterio de un orden jurídico*. Para Kelsen, la Nf no contesta la pregunta de si un orden determinado *es* derecho, sino a otra muy distinta: la cuestión de *cuál es la razón de validez* de dicho sistema jurídico<sup>68</sup>.

<sup>65</sup> Cfr., Kelsen, Hans, *La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática científica del derecho*, op. cit., p. 99.

<sup>66</sup> *Ibidem*, p. 100. "El concepto de la norma fundamental considerada como la Constitución en sentido lógico-jurídico fue esencialmente desarrollado por Alfred Verdross (...) al considerarla como una hipótesis referida al material del derecho positivo, por analogía con las hipótesis propias de las ciencias naturales", *Problemas capitales de la teoría jurídica del estado*, op. cit., p. XLVIII.

<sup>67</sup> Cfr., Kelsen, Hans, *La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática científica del derecho*, op. cit., p. 98. *Teoría general del derecho y del estado*, op. cit., p. 135, y *Teoría pura del derecho*, op. cit., pp. 63 y 210.

<sup>68</sup> Cfr., Kelsen, Hans, "El profesor Stone y la teoría pura del derecho", en *Contribuciones a la teoría pura del derecho*, op. cit., p. 72

La función de la norma básica no es permitir que se considere como derecho a un orden coercitivo que es en general eficaz, puesto que –de acuerdo a la definición proporcionada por la teoría pura del derecho– un orden *jurídico* es un orden coercitivo que es en general eficaz; la función de la norma básica es permitir que se considere a este orden coercitivo como *objetivamente válido*<sup>69</sup>.

Por tanto, una norma pertenece a un orden determinado si su último fundamento de validez es la *Nf*<sup>70</sup>.

Cabe aclarar que la *Nf* (como *presupuesto* del pensamiento jurídico) *no es arbitraria*. Únicamente se puede presuponer cuando la primera constitución histórica de un orden jurídico es aplicada y obedecida en los hechos de manera relativamente general<sup>71</sup>. La *Nf*, por tanto, sólo puede ser referida a un orden coactivo que, en general, es *eficaz*. Su presuposición depende, *necesariamente*, del orden normativo a que se refiere. Kelsen afirma: “Puesto que un mínimo de eficacia es una condición de la validez, la norma básica sólo se refiere a una constitución eficaz”<sup>72</sup>.

Ahora bien, si la *Nf* no forma parte de la experiencia jurídica (*i.e.*, no es derecho), y por tanto no puede ser el sentido de un acto de voluntad, sólo le queda por ser el contenido de un acto intelectual. Sólo puede ser entonces una norma pensada. Afirmar que una norma es pensada no significa que es una construcción o una creación de la ciencia jurídica, sino, simplemente, que es *presupuesta en el pensamiento jurídico*<sup>73</sup>.

En sus últimos trabajos, Kelsen caracterizó a la *Nf* como ‘ficción’ en el sentido de la filosofía de Hans Vaihinger. Este problema lo retomaré en los

---

<sup>69</sup> Ibídem, p. 70. “La teoría pura del derecho opera con esta norma fundamental considerándola como fundamento hipotético. Bajo la suposición de que ella vale, vale también el orden jurídico que sobre ella descansa. Confiere al acto del primer legislador y, por tanto, a todos los actos del orden jurídico que en él descansan, el sentido del *deber ser*”, *La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática científica del derecho*, op. cit., p. 99.

<sup>70</sup> *Cfr.*, Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, op. cit., p. 202.

<sup>71</sup> “Con la presuposición de la norma fundamental básica no se afirma ningún valor trascendente al derecho positivo”, ibídem, p. 209.

<sup>72</sup> Kelsen, Hans, “El concepto de orden jurídico”, en *Contribuciones a la teoría pura del derecho*, op. cit., p. 98.

<sup>73</sup> *Cfr.*, Kelsen, Hans, “El profesor Stone y la teoría pura del derecho”, en *Contribuciones a la teoría pura del derecho*, op. cit., p. 75.



capítulos tercero y cuarto del presente trabajo, tomando como marco de referencia la discusión con Ross.

#### 1.4.-Análisis y crítica de la doctrina del derecho natural

La *Teoría pura del derecho* es una teoría del derecho positivo. Como ya se ha señalado, la expresión ‘derecho’ nombra un orden coactivo de la conducta humana. Se debe aclarar, sin embargo, que un orden con tales características es “siempre el derecho de una comunidad determinada: el derecho de los Estados Unidos, el de Francia, el mexicano, el internacional”<sup>74</sup>. De esta manera, las expresiones ‘derecho’ y ‘derecho positivo’ coinciden. Por tanto, dicho término puede denotar únicamente sistemas sociales *históricos*, *i.e.*, órdenes jurídicos que *existen o existieron*<sup>75</sup>.

Ahora bien, el objetivo de la doctrina kelseniana es establecer los cánones sobre los cuales se deberá afirmar el conocimiento jurídico (*i.e.*, la ciencia del derecho o jurisprudencia). Esto implica el rechazo, por un lado, del sincretismo metódico en el estudio del derecho, y por el otro, de cualquier intento de justificación, legitimación o propuesta ideológica de destrucción de órdenes sociales que se pueda derivar de una política jurídica disfrazada de ciencia<sup>76</sup>. Con respecto a esta segunda cuestión, la teoría kelseniana somete a la doctrina iusnaturalista a un riguroso análisis crítico. Este aspecto está íntimamente vinculado con la concepción de Kelsen del deslinde entre derecho y moral.

Kelsen argumenta que los errores que se han cometido en la discusión del problema se derivan de la confusión entre dos planteamientos a los cuales denominaré A1 y A2 respectivamente:

A1: El derecho es moral.

A2: El derecho *debe ser* moral (*i.e.*, justo)<sup>77</sup>.

---

<sup>74</sup> Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del estado*, op. cit., p. V.

<sup>75</sup> Cfr., Tamayo y Salmorán, Rolando, *Elementos para una teoría general del derecho*, 2ª edición. México, Themis, 1998, p. 296. “[E]l derecho al que la ciencia jurídica se refiere es el derecho de una sociedad histórica que existe o existió”, ídem.

<sup>76</sup> Cfr., Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, op. cit., p. 15.

<sup>77</sup> Cfr., íbidem, p. 76.

Cabe aclarar que el ‘deber ser’ del planteamiento A2 no es el concepto kelseniano. No significa imputación, sino *requerimiento moral*. Kelsen parte de un principio general que denominaré  $\forall 1$ :

*Las normas sociales (en cuanto a su contenido) no exhiben ni un solo elemento común a lo largo de la historia, por lo que no existe la posibilidad de determinar lo que en todas las circunstancias deba ser considerado bueno y malo, justo o injusto*<sup>78</sup>.

Lo único común a los objetos que pertenecen al conjunto ‘sistema social’ es la *forma* (i.e., lo normativo, lo debido, el ‘deber ser’). La afirmación del enunciado A1 presupone la existencia de una *moral absoluta* como criterio decisivo en la identificación de los órdenes jurídicos. Según dicha concepción, el derecho, *para ser derecho*, tiene que ser necesariamente *moral* (i.e., justo). Sin embargo, semejante aseveración rompe con el relativismo axiológico expresado en  $\forall 1$ . A1 y A2, por otra parte, son *incompatibles*. Afirmar A2 solamente tiene sentido si se acepta la posibilidad de un derecho *no justo* (i.e., no moral).

Algunas corrientes iusnaturalistas exigen la compatibilidad entre A1 y A2. Sin embargo, dicho requerimiento (afirmar que el derecho es moral y, al mismo tiempo, exigir que *debe ser* moral, i.e., justo) conduce a un problema de *autorreferencia*<sup>79</sup>. Si partimos de que ‘derecho’ (que representaré a través de la variable X) y ‘moral’ (a la cual me referiré con Y) son *equivalentes*, o cuando menos que  $X \in Y$ , ¿qué sentido tiene afirmar que el derecho debe ser moral, si *es moral*? De esta manera, lo único que se logra es que la moral se autocalifique de moral. Carece de sentido, por tanto, decir que X *debe ser* Y, si  $X \equiv Y$ , o bien, si  $X \in Y$ <sup>80</sup>. Podemos hacer predicados morales sobre el derecho, es verdad; pero, para poder predicar moralidad del derecho, ‘derecho’ y ‘moral’ tienen que ser expresiones que nombren objetos distintos.

Para entender la crítica de Kelsen a la doctrina del derecho natural, es

<sup>78</sup> Cfr., *ibidem*, pp. 76-78.

<sup>79</sup> Cfr., Tamayo y Salmorán, Rolando, *Elementos para una teoría general del derecho*, op. cit., p. 405.

<sup>80</sup> Sería tanto como afirmar que un triángulo es triángulo y al mismo tiempo establecer el requerimiento de que un triángulo *debe ser* triángulo (?!), lo que nos llevaría a la idea absurda de un triángulo que no sea triángulo, así como de una moral que no sea ‘moral’ (o, en nuestro caso, de un orden jurídico que no sea ‘derecho’).

necesario tener presentes las siguientes cuestiones:

- 1.-El concepto de nómeno kantiano.
- 2.-El deslinde sociedad – naturaleza.
- 3.-La distinción entre la voluntad y el conocimiento racional en sus respectivas funciones.
- 4.-Las ideologías iusnaturalistas.

Kelsen señala que la doctrina del derecho natural es una *metafísica del derecho*:

El antagonismo entre la doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico, imperante en todo tiempo en la filosofía del derecho, es un caso especial del antagonismo más general, existente dentro de la filosofía, entre la especulación metafísica y el positivismo empírico-científico. (...) La doctrina del derecho natural es una *metafísica del derecho*, mientras que el positivismo jurídico sólo admite un saber del derecho cuyo objeto es el derecho *positivo*, esto es, el derecho creado mediante actos de voluntad de los hombres, mediante la legislación y la costumbre<sup>81</sup>.

Una doctrina jurídica metafísica se caracteriza por presuponer una fuente jurídica *trascendente* al derecho positivo. El producto de dicha fuente (la naturaleza) se denomina ‘derecho natural’. Dicha expresión designa un orden *absolutamente justo*, ya que es natural. De esta manera, el iusnaturalismo afirma la existencia de *algo* que se encuentra *más allá* de toda *experiencia humana posible*, y que no obstante residir fuera del mundo fenoménico-cultural, constituye el *paradigma* de todo orden social histórico. Dicha doctrina, por consiguiente, no es ni puede ser caracterizada como científica. Esto se debe, desde el punto de vista epistemológico, a la peculiaridad de su objeto. Como ya se ha comentado, el nómeno (*i.e.*, el absoluto, la ‘cosa en sí’) queda oculto al conocimiento científico<sup>82</sup>. De ahí que la justicia absoluta, como entidad ubicada fuera del mundo de los *fenómenos* jurídicos, no pueda ser objeto de consideración racional<sup>83</sup>. El derecho natural (al afirmar dicho

---

<sup>81</sup> Ídem.

<sup>82</sup> *Vid. supra*, pp. 3 y 6. “[L]a justicia, que ha de representarse como un orden superior, diverso y frente al derecho positivo, está en su validez absoluta más allá de toda experiencia, así como la idea platónica más allá de la realidad, o como la cosa en sí trascendente más allá de los fenómenos”, Kelsen, Hans, *La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática científica del derecho*, op. cit., p. 39.

<sup>83</sup> La justicia absoluta es un ‘ideal irracional’. *Cfr.*, Kelsen, Hans, *¿Qué es justicia?*, op. cit., p. 59.

concepto de justicia, por un lado, y la existencia de normas inmanentes a la naturaleza y trascendentes al derecho positivo, por el otro) queda colocado *más allá de toda experiencia jurídica* y, por tanto, fuera de cualquier reflexión empírico-científica dirigida al estudio de órdenes jurídicos *históricos*.

La doctrina iusnaturalista ignora el dualismo sociedad–naturaleza, al interpretar a esta última de la misma manera que lo hace el *animismo* del hombre primitivo. Lo que el hombre moderno denomina ‘naturaleza’, el primitivo lo entiende como parte de la ‘sociedad’<sup>84</sup>. Las categorías sociales, por consiguiente, le son aplicadas. De ahí que no sea difícil entender el orden natural como un *sistema social, i.e.*, como un complejo de normas jurídicas o morales. Esta identidad, sin embargo, llega mucho más lejos. La ley natural, a diferencia de la ley positiva (pasajera y cambiante), es *eterna e inmutable*; por tanto, constituye el *modelo* de todo derecho positivo:

Al identificar las leyes de la naturaleza con las reglas jurídicas –pretendiendo que el orden natural es o contiene un orden social justo –, la doctrina del derecho natural, como el animismo primitivo, concibe la naturaleza como parte de la sociedad. Pero puede demostrarse fácilmente que la ciencia moderna es el resultado de un proceso que se caracteriza por la tendencia a liberar la interpretación de la naturaleza de las categorías sociales. La doctrina del derecho natural no tiene ninguna posibilidad de sobrevivir ante el tribunal de la ciencia<sup>85</sup>.

Para Kelsen, la concepción de la naturaleza como fuente jurídica trascendente representa un *sofisma*: el irreductible dualismo entre ‘ser’ y ‘deber ser’ (o mejor: entre *naturaleza* y *sociedad*), se rompe al considerar que es posible deducir un ‘debe’ (*i.e.*, un fenómeno social) de un ‘es’ (*i.e.*, de un objeto natural). De esta manera, se da nacimiento a una entidad extraña y mitológica denominada ‘derecho natural’, espectro que mora fuera de toda *experiencia* y que, por tanto, resulta *incognoscible*.

---

<sup>84</sup> Cfr., Kelsen, Hans, “La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico”, en *Contribuciones a la teoría pura del derecho*, op. cit., p. 125. “Lo que para el hombre moderno es la *naturaleza*, interpretada según el principio de causalidad, para el hombre primitivo es una parte de su *sociedad*, interpretada según el principio de retribución (...). Recién en la filosofía natural de los antiguos griegos la interpretación científica según el principio de causalidad se desprende paulatinamente de la interpretación de la naturaleza según el principio imputativo de retribución, y se origina la distinción entre la *sociedad* y la *naturaleza*”, idem.

<sup>85</sup> Kelsen, Hans, “La doctrina del derecho natural ante el tribunal de la ciencia”, en *¿Qué es justicia?*, op. cit., pp. 69-70.

El iusnaturalismo ignora también la distinción entre las funciones de la voluntad y del conocimiento, al afirmar (en el caso de la doctrina metafísica) que el orden natural tiene un objetivo o finalidad y, por tanto, puede *prescribir* conductas; o bien (en el supuesto de la doctrina racionalista), que la razón humana puede hacerlo del mismo modo<sup>86</sup>. Sin embargo, la voluntad sólo puede *crear* normas, y el conocimiento únicamente puede *describirlas*. Por consiguiente, ni la naturaleza ni la razón humana pueden prescribir conductas humanas:

La naturaleza, como sistema de hechos relacionados entre sí según la ley de causalidad, carece de voluntad y, por tanto, no puede prescribir una conducta determinada al hombre. (...) Lo mismo puede aplicarse a la razón humana. Las normas que prescriben la conducta humana sólo pueden ser dictadas por la voluntad humana, y no por su razón. La razón humana puede entender y describir una conducta humana, pero no puede dictarla. Detectar normas de conducta humana en la razón del hombre es tan ilusorio como deducirlas de la naturaleza<sup>87</sup>.

Por último, la doctrina del derecho natural es *ideológica*, ya que una de sus funciones principales es la de *justificar* el establecimiento del derecho positivo:

[L]as doctrinas del derecho natural (...) han servido en lo fundamental para justificar conformes al derecho natural los órdenes jurídicos existentes y sus instituciones esenciales políticas y económicas; (...) han tenido, pues, un carácter predominantemente *conservador*; (...) la representación de un derecho natural solo ha desempeñado una función reformadora e incluso revolucionaria en casos excepcionales (...)<sup>88</sup>.

Para Kelsen, una doctrina positivista del derecho no pretende desempeñar ninguna función conservadora ni revolucionaria. Por este motivo, uno de los objetivos de la *Teoría pura* es rechazar (como ya se ha señalado) cualquier intento de justificación, legitimación o propuesta ideológica de destrucción de órdenes sociales que se esconda bajo el disfraz de conocimiento racional.

---

<sup>86</sup> Cfr., Kelsen, Hans, *¿Qué es justicia?*, op. cit., p. 57.

<sup>87</sup> Cfr., ibidem, pp. 57-58. De ahí que para Kelsen la idea de una 'razón práctica' sea imposible.

<sup>88</sup> Kelsen, Hans, "La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico", en *Contribuciones a la teoría pura del derecho*, op. cit., pp. 135-136.

## CAPÍTULO 2 LA TEORÍA DEL DERECHO DE ROSS

**SUMARIO:** 2.1. Fundamentos epistemológicos. 2.1.1 *Antecedentes neoempiristas*. 2.1.2 *Realismo jurídico escandinavo*. 2.1.3 *Problemas de la filosofía del derecho*. 2.2. Discurso directivo y discurso indicativo. 2.3. El concepto de 'derecho vigente'. 2.4. Análisis y crítica de la doctrina del derecho natural.

### 2.1.-Fundamentos epistemológicos

#### 2.1.1.-*Antecedentes neoempiristas*

La Escuela de Uppsala y el positivismo lógico constituyen las vertientes más importantes de la corriente filosófica denominada 'neoempirismo'. En virtud de los puntos de vista divergentes de sus principales exponentes y la variedad de temas tratados, en este apartado se hará referencia sólo a las tesis más relevantes que influyeron en el pensamiento filosófico de Alf Ross.

Se pueden señalar las siguientes posturas comunes entre Uppsala y los positivistas lógicos:

∇1.- Ambas corrientes son radicalmente antimetafísicas.

∇2.- El objeto de la filosofía está constituido por el *análisis lógico*<sup>89</sup>.

Para gran parte de los estudiosos, la Escuela de Uppsala (en sus primeras manifestaciones) representa la corriente precursora del positivismo lógico. Su tendencia antimetafísica se manifestó en el conocido lema de Axel Hägerström: *Por lo demás, considero que la metafísica debe ser destruida*<sup>90</sup>.

---

<sup>89</sup> Cfr., Pattaro, Enrico, "Neoempirismo y realismo: la escuela de Uppsala", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, no. 75, Madrid, 1989 -1990, pp. 738-752.

<sup>90</sup> Cfr., Olivecrona, Karl, *Lenguaje jurídico y realidad* [trad. de Ernesto Garzón Valdés], México, Fontamara, 2002, p. 21 y Geiger, Theodor, *Moral y derecho. Polémica con Uppsala* [trad. de Ernesto Garzón Valdés], México, Fontamara, 2003, p. 11.

Uppsala considera que los enunciados metafísicos constituyen un complejo discursivo *carente de sentido* y que, por tanto, no tienen cabida en el campo de la investigación científica<sup>91</sup>.

Dentro del ámbito del positivismo lógico, Rudolf Carnap afirma:

Al decir que las llamadas proposiciones de la metafísica carecen de sentido, hemos usado estos términos en su acepción más estricta. (...) [*S*]trictu sensu una secuencia de palabras carece de sentido cuando, dentro de un lenguaje específico, no constituye una proposición. (...) Nuestra tesis es que el análisis lógico ha revelado que las pretendidas proposiciones de la metafísica son en realidad pseudoproposiciones<sup>92</sup>.

Tanto Uppsala como los positivistas lógicos pretenden eliminar del lenguaje filosófico y científico los conceptos metafísicos<sup>93</sup>. Esto se hace más urgente en la ciencia jurídica, ya que es la disciplina que “está afectada por la metafísica en mayor medida que otras ciencias”<sup>94</sup>. De estas afirmaciones, surge un interrogante crucial: ¿cuál será el papel de la filosofía al margen de toda metafísica?

Para los neoempiristas, la filosofía debe contribuir al progreso de la ciencia. Sin embargo, el conocimiento científico no se beneficia para nada con la construcción de enunciados metafísicos. Al no satisfacer la metafísica

---

<sup>91</sup> Cfr., Pattaro, Enrico, “Neoempirismo y realismo: la escuela de Uppsala”, op. cit. p. 749. “[T]odo discurso metafísico comporta la hipótesis de una realidad en sí que prescinde del mundo del espacio y del tiempo. (...) Lo que convierte a las proposiciones metafísicas en proposiciones sin sentido es su carácter contradictorio. Desde el punto de vista lógico, sus proposiciones se asemejan a afirmaciones del tipo ‘El círculo es cuadrado’ o ‘este leño es de hierro’”, ibídem, p. 750.

<sup>92</sup> Carnap, Rudolf, “La superación de la metafísica mediante el análisis lógico del lenguaje”, en Saucedo, Ma. de Lourdes (comp.), *Antología de textos de historia de la filosofía III*, México, Universidad Iberoamericana, 1994, p. 498.

<sup>93</sup> Cfr., Pattaro, Enrico, “Neoempirismo y realismo: la escuela de Uppsala”, op. cit. p. 752.

<sup>94</sup> Geiger, Theodor, *Moral y derecho. Polémica con Uppsala*, op. cit., p. 71. “Metafísica jurídica, escolástica jurídica, superstición y fetichismo de la ciencia del derecho, mística y magia de las palabras, son algunos de los términos poco lisonjeros con los que son colocados en la picota las partes de la teoría del derecho que se apartan de la realidad”, idem.

dicho requerimiento (contribución al progreso científico), no puede tener lugar alguno en el edificio del conocimiento racional<sup>95</sup>.

Para Uppsala, los enunciados valorativos, al igual que los metafísicos, son teóricamente sin sentido. Según Hägerström, no tienen ningún fundamento en la realidad y, por tanto, no son verdaderos ni falsos. Los enunciados de ‘deber’ son *ateóricos* y, por consiguiente, no pueden ser partes integrantes de la ciencia<sup>96</sup>.

Ahora bien, ¿de qué tipo de enunciados se integra el conocimiento científico? Alfred Ayer comenta:

[L]os positivistas lógicos (...) dividían las proposiciones significativas en dos clases: las proposiciones formales como las de la lógica o las matemáticas puras, que decían eran tautológicas, (...) y las proposiciones fácticas, que se requería fueran verificadas empíricamente. Se suponía que estas clases contenían todas las proposiciones posibles, de suerte que si una oración no lograba expresar nada que fuese formalmente verdadero o falso, ni expresar algo que pudiera someterse a una prueba empírica, se adoptaba el criterio de que ella no constituía una proposición en absoluto<sup>97</sup>.

De esta manera, la ciencia se compone de dos tipos de proposiciones:

- 1.-Formales (*i.e.*, tautológicas).
- 2.-Fácticas o empíricas (*i.e.*, que se refieren a la realidad y pueden ser verdaderas o falsas).

“Cualquier proposición –afirma Carnap– que se deseara construir y que no encajara en ninguna de estas clases devendría automáticamente en sin sentido”<sup>98</sup>. Sin embargo, la filosofía no se integra por enunciados de los tipos

---

<sup>95</sup> Ayer, Alfred, “El positivismo lógico”, en Saucedo, Ma. de Lourdes, *Antología de textos de historia de la filosofía III*, op. cit., p. 440. Carnap concibe a la metafísica como a) el descubrimiento y formulación de un género de conocimiento que no es accesible a la ciencia empírica, b) un conocimiento de la esencia de las cosas que trasciende el mundo empírico, c) la expresión de una actitud emotiva ante la vida. *Cfr.*, “La superación de la metafísica mediante el análisis lógico del lenguaje”, *ibidem*, pp. 512, 514 y 516.

<sup>96</sup> Geiger, Theodor, *Moral y derecho. Polémica con Uppsala*, op. cit., p. 9.

<sup>97</sup> Ayer, Alfred, “El positivismo lógico”, en Saucedo, Ma. de Lourdes, *Antología de textos de historia de la filosofía III*, op. cit., p. 434.

<sup>98</sup> Carnap, Rudolf, “La superación de la metafísica mediante al análisis lógico del lenguaje”, en Saucedo, Ma. de Lourdes, *Antología de textos de historia de la filosofía III*, op. cit. p. 512.



mencionados. Además, la inclusión de proposiciones sin sentido no es válida. ¿Qué queda, entonces, de la filosofía?

Un lugar común entre los neoempiristas es que la filosofía no es una teoría o un sistema, sino un método: el del *análisis lógico*.

Con este “cambio de marcha” se comprendió que la filosofía es análisis lógico y no una ciencia que produzca proposiciones propias, sino una actividad mediante la cual se esclarece o se determina el sentido de los enunciados científicos. (...) A partir de ahora, el objeto del análisis filosófico estará constituido por el material suministrado por la historia de la filosofía y la ciencia<sup>99</sup>.

De esta manera, la filosofía es concebida como *metaciencia*, i.e., como análisis de proposiciones científicas.

El combate al esencialismo de Karl Popper constituye, por otra parte, un presupuesto básico de la filosofía de Ross. El modelo popperiano afirma que la ciencia no puede concebirse como la búsqueda de explicaciones últimas y definitivas en términos de ‘esencias’: “[N]o cabe la menor duda de que (...) estos puntos de vista esencialistas se ponen en el máximo contraste posible respecto a los métodos de la ciencia moderna”<sup>100</sup>. En otro lugar, Popper comenta:

[R]echazo como inválidas todas las preguntas del tipo “¿qué es?”: las preguntas que inquieran qué es tal o cual cosa, cuál es su esencia o “verdadera” naturaleza. Porque debemos descartar el punto de vista, característico del esencialismo, de que en cada cosa hay una esencia, una naturaleza o principio inherente (...) que causa necesariamente que sea lo que es y, por tanto, que actúe o se comporte como lo hace. Esta concepción animista no explica nada<sup>101</sup>.

Por su parte, Ross afirma:

Las preguntas del tipo “¿Qué es...?” no pertenecen al ámbito del análisis lógico. (...) [L]as preguntas de ese tipo no son adecuadas cuando lo que se busca es precisamente establecer el sentido de una expresión (...). Nuestros conceptos no

---

<sup>99</sup> Pattaro, Enrico, “Neoempirismo y realismo: la escuela de Uppsala”, op. cit., pp. 754 y 756

<sup>100</sup> Popper, Karl, “Dos clases de definiciones”, en Miller, David (comp.), *Popper. Escritos selectos* [trad. de Sergio René Madero Báez], México, Fondo de Cultura Económica, 1995, p. 98.

<sup>101</sup> Popper, Karl, “El objetivo de la ciencia” en Miller, David (comp.), *Popper. Escritos selectos*, op. cit., p. 182.

son ideas innatas, reflexiones acerca de la “esencia” de las cosas, sino herramientas forjadas por nosotros para describir la realidad<sup>102</sup>.

Sobre el concepto de ‘realismo’ hablaré en el próximo apartado.

### 2.1.2.-Realismo jurídico escandinavo<sup>103</sup>

Al igual que el positivismo lógico, Ross pregona una *unidad metodológica de las ciencias*<sup>104</sup>. En 1946, nuestro autor plantearía el problema en los siguientes términos:

[L]a principal causa de error en un número de contradicciones, aparentemente inconciliables, de las modernas concepciones iusfilosóficas, es un dualismo en el concepto precientífico e implícito del derecho que en forma más o menos consciente ha constituido la base de las apuntadas teorías. Es el dualismo de *realidad y validez* en el derecho (...).<sup>105</sup>

El idealismo jurídico no es válido en el ámbito científico. Sólo hay *un mundo* y *un conocimiento*. La ‘teoría de los dos mundos’ (*i.e.*, la existencia de la ‘realidad’ por un lado y la ‘validez’, por el otro) pretende hacernos creer que a ambos corresponden métodos de conocimiento que son divergentes:

Por una lado, el mundo de la “realidad”, que abarca todos los fenómenos físicos y psíquicos en el tiempo y en el espacio, que captamos por medio de la experiencia de los sentidos. Por otro, el “mundo de las ideas o validez” que abarca varios conjuntos de ideas normativas absolutamente válidas (la verdad, el bien, la belleza) que captamos inmediatamente mediante nuestra razón. Este último

---

<sup>102</sup> Ross, Alf, “Sobre los conceptos de ‘estado’ y ‘órganos del estado’ en derecho constitucional”, en *El concepto de validez y otros ensayos* [trad. de Genaro Carrió *et al.*], 3ª edición, México, Fontamara, 1997, p. 74.

<sup>103</sup> “Sea como fuere, (...) se hizo posible la formación en el ámbito del realismo jurídico escandinavo de una auténtica y singular escuela de filosofía del derecho; escuela que terminará reflejando fielmente los principios epistemológicos y la teoría de los valores característicos, no sólo del propio realismo de Uppsala, sino también del neopositivismo lógico y de la filosofía analítica; en suma, del neoempirismo contemporáneo en su conjunto”. Pattaro, Enrico, “Neoempirismo y realismo: la escuela de Uppsala”, *op. cit.*, p. 760.

<sup>104</sup> *Cfr.*, Bulygin, Eugenio, “Sobre la estructura lógica de las proposiciones de la ciencia del derecho”, en Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 335.

<sup>105</sup> Ross, Alf, *Hacia una ciencia realista del derecho* [trad. de Julio Barboza], Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1961, p. 15.

conocimiento es así independiente de la experiencia y por eso es llamado *a priori*.<sup>106</sup>

El idealismo jurídico afirma que el derecho pertenece al mismo tiempo al mundo de los hechos empíricos y al meta-empírico de la validez. Por tanto, su conocimiento se fundamenta tanto en la experiencia como en el razonamiento *a priori*. Existen dos variantes dentro de dicha concepción: la material (*i.e.*, la doctrina del derecho natural) y la formal (*i.e.*, la *Teoría pura* de Kelsen). Ambas construcciones son falsas porque descansan en un grave error metodológico: si la ciencia empírica se compone únicamente de proposiciones fácticas (*i.e.*, enunciados de 'ser'), *la referencia a todo concepto de validez (ya sea como idea material a priori de justicia o como categoría formal) no pertenece al campo del conocimiento racional*<sup>107</sup>.

La única alternativa frente al idealismo es lo que Ross denomina 'realismo jurídico':

Como todas las otras ciencia sociales, la ciencia del derecho tiene que ser, en último análisis, un estudio de fenómenos sociales, la vida de una comunidad humana y la tarea de la filosofía jurídica debe consistir en la interpretación de la "vigencia" del derecho en términos de efectividad social, esto es, de una cierta correspondencia entre un contenido normativo ideal y los fenómenos sociales.<sup>108</sup>

La postura de Ross representa la síntesis entre un realismo psicológico y uno conductista. El primero entiende la realidad jurídica como hechos psicológicos: *el derecho es aplicado porque es vigente*. El segundo, la entiende como la actividad de los tribunales: *el derecho es vigente porque es aplicado*<sup>109</sup>. Más adelante expondré la manera en que Ross lleva a cabo dicha tarea hasta sus últimas consecuencias.

---

<sup>106</sup> Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia* [trad. de Genaro Carrió], 2ª edición, Buenos Aires, Eudeba, 1997, p. 93.

<sup>107</sup> *Cfr.*, *ibidem*, p. 96. "Toda la ciencia, en último grado, se ocupa del mismo cuerpo de hechos, y todos los enunciados científicos acerca de la realidad, esto es, aquellos que no son de carácter puramente lógico-matemático, están sometidos al *test* de la experiencia", *idem*.

<sup>108</sup> *Ídem*. "El camino no es evadir (...) el dualismo eligiendo uno de sus componentes (en este caso la realidad), sino superar el dualismo al mostrar que, debidamente interpretado, no es expresión de puntos de vista opuestos e irreconciliables, sino que simboliza elementos diferentes y reales del fenómeno jurídico", Ross, Alf, *Hacia una ciencia realista del derecho*, *op. cit.* pp. 17-18.

<sup>109</sup> *Cfr.*, Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, *op. cit.*, p. 101.

### 2.1.3.-Problemas de la filosofía del derecho

Según Ross, existen tres líneas de investigación comprendidas bajo la expresión ‘filosofía del derecho’ (o sus equivalentes):

1.-*El problema del concepto o naturaleza del derecho.* Esta vertiente denominada ‘analítica’ tiene por objeto el análisis y definición de los conceptos jurídicos fundamentales. Para Ross, la característica fundamental de esta escuela es su formalismo metódico: la ciencia jurídica da cuenta sólo de la existencia de las normas jurídicas, sin atender a valores éticos, circunstancias políticas o hechos sociales que rodean al derecho. John Austin y Hans Kelsen son los exponentes más importantes de esta línea de investigación.

2.-*El problema del propósito o idea del derecho.* Esta corriente es denominada ‘iusfilosofía axiológica’ o ‘filosofía del derecho natural’. Como escuela de pensamiento, se encuentra ligada a la perspectiva metafísico-religiosa, y su objeto es determinar el principio racional que da al derecho su validez o fuerza obligatoria específicas y que representa el criterio de su rectitud o corrección. El tema principal de esta línea de investigación es el concepto de *justicia* como idea del derecho.

3.-*El problema de la interacción del derecho y la sociedad.* Esta escuela filosófica es denominada ‘histórico-sociológica’. Su atención se dirige al origen histórico y al desarrollo del derecho, a los factores sociales que determinan su contenido, a sus efectos en la sociedad, etc.<sup>110</sup>

Ahora surge el siguiente problema: ¿cómo debe entenderse la expresión ‘filosofía del derecho’?:

El problema del concepto o naturaleza del derecho es indudablemente uno de los problemas principales de la filosofía del derecho. (...) Parecería que no es posible indicar el objeto propio de la filosofía del derecho mientras no se dé solución a uno de sus problemas principales<sup>111</sup>.

Para resolver la cuestión, nuestro autor introduce ciertas herramientas analíticas que explicaré brevemente. Por ‘expresión lingüística’ Ross entiende

---

<sup>110</sup> Cfr., idem.

<sup>111</sup> Ídem.

un arreglo consciente del lenguaje en el uso efectivo, oral o escrito. La expresión como fenómeno lingüístico se distingue de su 'significado'. Hay dos tipos de significado: expresivo o sintomático y representativo o semántico. De este modo, se da lugar a tres formas de expresiones:

1.-*Aserciones*. Expresiones lingüísticas con significado representativo (oraciones en discurso indicativo). Por tanto, son verdaderas o falsas.

2.-*Exclamaciones*. Expresiones lingüísticas con significado expresivo y no representativo.

3.-*Directivos*. Expresiones lingüísticas sin significado representativo que son usadas con el propósito de ejercer influencia<sup>112</sup>.

Las reglas jurídicas no son aserciones ni exclamaciones, sino *directivos*. Los directivos (*D*) deben distinguirse de las aserciones que integran a la ciencia del derecho (*Cδ*). Una aserción jurídica ( $\alpha$ ) puede formularse en los siguientes términos:

$$\alpha \equiv 'D \text{ es derecho vigente en } X'$$

donde '*X*' es una variable que representa cualquier país. Como es importante para Ross operar con un término que distinga claramente el conocimiento *acerca del derecho* del derecho mismo, propone utilizar la expresión 'ciencia del derecho' para el primero<sup>113</sup>.

La naturaleza del derecho es el problema principal de la filosofía del derecho. "Desprovisto de su formulación metafísica, el problema de la 'naturaleza del derecho' es el de cómo interpretar el concepto 'derecho vigente' "<sup>114</sup>. Ross entiende que el derecho es algo que consiste tanto en normas como en fenómenos jurídicos. De esta manera, se da lugar a dos ramas explicativas especiales que, a su vez, presentan subdivisiones:

a) Ciencia del derecho

a.1) Dogmática jurídica

a.2) Historia del derecho

a.3) Derecho comparado

---

<sup>112</sup> *Cfr.*, ibídem, p. 30.

<sup>113</sup> *Cfr.*, ibídem, pp. 31-32.

<sup>114</sup> Ibídem, p. 33.

b) Sociología del derecho

b.1) Fundamental

b.2) Aplicada<sup>115</sup>

De los tres enfoques tradicionales de la filosofía del derecho, Ross afirma que el único que posee un carácter verdaderamente científico es el 'analítico'. Por un lado, la doctrina del derecho natural es especulación metafísica sin justificación científica. Por el otro, las investigaciones de sociología del derecho generalmente son filosofías del derecho natural disfrazadas.

La corriente analítica, sin embargo, no figura entre los trabajos de ciencia del derecho ni de sociología científica. ¿Cuál será, entonces, el papel de la filosofía jurídica al margen de toda metafísica del derecho?

Al igual que los neoempiristas, Ross entiende la filosofía como *análisis lógico*:

La filosofía moderna, basada en una perspectiva empírica a la que suscribo, adopta el punto de vista general de que la filosofía no tiene un objeto específico coordinado con el de las diversas ciencias o distinto de él. La filosofía no es deducción a partir de principios de la razón por cuyo medio se nos revela una realidad de más alto nivel que la que nos ofrece los sentidos. Tampoco es una ampliación de las ciencias dirigida a describir los últimos componentes de la realidad. No es teoría, sino método. Este método es el análisis lógico. La filosofía es la lógica de la ciencia, y su objeto, el lenguaje científico<sup>116</sup>.

Por tanto, el objeto de la filosofía del derecho no es el derecho, ni parte o aspecto alguno de éste, sino la *ciencia del derecho*.

## 2.2.-Discurso directivo y discurso indicativo

Ross distingue entre dos tipos de discursos jurídicos: por un lado, el que corresponde a la expresión 'derecho' ( $\delta$ ) y, por el otro, aquel que es propio de la 'ciencia del derecho' ( $C\delta$ ). Ambos discursos *no son equivalentes*. De la misma manera que hice en el capítulo anterior, representaré dicho deslinde del

---

<sup>115</sup> Cfr., ibídem, pp. 44-48.

<sup>116</sup> Ibídem, p. 29.

modo siguiente:

$$\begin{array}{l} C\delta \equiv \{ \alpha, \alpha, \alpha, \alpha, \alpha, \alpha, \dots \} \\ \quad \downarrow \downarrow \downarrow \downarrow \downarrow \downarrow \\ \delta \equiv \{ n, n, n, n, n, n, \dots \} \end{array}$$

donde ‘ $\alpha$ ’ representa una *aserción jurídica* y ‘ $n$ ’ una *norma jurídica*. Por tanto, mientras que el derecho se integra de un complejo de normas jurídicas<sup>117</sup> (las cuales son una especie de *directivos*), la ciencia del derecho se compone de aserciones jurídicas:

Es importante subrayar esto a los estudiosos del derecho ingleses y norteamericanos. En el idioma inglés no existe una distinción clara entre a) el derecho mismo, en tanto que reglas jurídicas, y b) el conocimiento acerca del derecho, en tanto que proposiciones referentes a reglas jurídicas. (...) Como es importante a los fines de la filosofía del derecho operar con un término que distinga claramente el conocimiento del derecho del derecho mismo, usaré la expresión “ciencia del derecho” para el primero.<sup>118</sup>

Pero, ¿qué significan cada una de dichas expresiones? ¿En qué se distinguen los elementos de cada discurso?

El problema de la expresión ‘derecho vigente’ será abordado más adelante. En este apartado explicaré brevemente a qué nos referimos cuando hablamos de ‘aserciones’ y ‘directivos’.

Para Ross, una sentencia en discurso indicativo es una forma lingüística que expresa una proposición que conlleva la idea de un tema concebido como real. Esto último significa que una expresión indicativa *describe un estado de cosas*. Ahora bien, las sentencias, en cuanto figuras lingüísticas, tienen que ser distinguidas de sus significados. El significado de una sentencia en discurso

<sup>117</sup> Aunque *no sólo* de normas jurídicas. *Vid. infra.*, p. 38.

<sup>118</sup> Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, op. cit., p. 32. “Surge aquí la cuestión de si las frases que leemos en un libro de texto de derecho (...) son lógicamente directivas. En apariencia lo son (...). No puede haber duda de que las proposiciones de un libro de texto de derecho, por lo menos en cierta medida, se proponen describir, no prescribir (...). [T]iene[n] que consistir en aserciones, no en directivas”, *ibidem*, p. 31.

indicativo se denomina ‘proposición’ o ‘indicativo’. La *aserción* es un uso específico de la proposición:

[C]lasificaré el uso que se haga de una proposición en la comunicación según que el efecto apropiado en el receptor dependa de que la proposición sea verdadera o falsa. El uso de la proposición que depende de esta propiedad (...) se llama su *aserción*. La función relevante es la *transmisión de información (función informativa)*... Tal uso de la proposición es una *aserción* o *enunciado*.<sup>119</sup>

Nuestro autor representa un indicativo de este modo:

‘i (T)’

con lo cual se expresa que algo ‘así es’, *i.e.*, un estado de cosas, un ‘juicio de ser’. La referencia a la realidad resulta ser el componente significativo para determinar la verdad o falsedad de la proposición. Para simplificar: todas las ‘i (T)’ que tengan una *función informativa* serán denominadas *aserciones*, *i.e.*, ‘ $\alpha$ ’:

‘i (T)’ + *fi*  $\equiv$   $\alpha$

Por otra parte, una sentencia en discurso directivo es una expresión lingüística que conlleva una idea-acción concebida como forma de conducta. Su función (denominada ‘directiva’) no es transmitir información, sino *influir en la conducta humana*. La idea-acción que expresa está pensada como forma de conducta, *no como real*<sup>120</sup>. Ross representa un directivo de la manera siguiente:

‘d (T)’

con lo que se expresa que algo ‘así debe ser’. En otras palabras, un *juicio de deber ser*. Para facilitar la explicación, representaré como ‘D’ a todas las sentencias del tipo ‘d (T)’, *i.e.*:

‘d (T)’  $\equiv$  D

---

<sup>119</sup> Ross, Alf, *Lógica de las normas* [trad. de José S. P. Hierro], Madrid, Tecnos, 1971, p. 29.

<sup>120</sup> Cfr., *ibídem*, p. 42.



Es de gran importancia tener presente dicho deslinde, ya que:

las proposiciones de la ciencia del derecho son proposiciones teóricas en el sentido de la lógica; esto es, que son verdaderas o falsas y, como no son tautologías, se refieren a la realidad. (...) [T]ienen que ser juicios de *ser*, porque, ¿qué significan “realidad” y “verdad” sino lo que puede ser enunciado en juicios de *ser*? (...). El contenido lógico de una norma jurídica es una proposición de *deber ser* o, como prefiero decir, una *directiva*. Una directiva no es verdadera ni falsa; no pretende enunciar ni afirmar nada. Su función consiste directamente en influir la conducta humana.<sup>121</sup>

Sin embargo, se ha dicho que el derecho se integra de normas jurídicas. Por tanto, surge el siguiente problema: ¿qué significa la expresión ‘norma’ en la teoría de Ross?

Una definición unilateral del concepto ‘norma’ está condenada al fracaso:

Desde el punto de vista de las ciencias sociales una norma no debe ser definida meramente como un fenómeno lingüístico (el contenido significativo propio de un directivo) ni meramente como un hecho social. (...) Para que el concepto ‘norma’ sea útil y fértil en la teoría legal y en el estudio de la moralidad positiva, su definición debe cumplir ciertas condiciones: 1) las normas deben estar intrínsecamente conectadas con los directivos y 2) la explicación del concepto debe permitir decir que ciertas normas *existen* realmente, o *tienen vigencia*.<sup>122</sup>

La norma es un *directivo*, pero no sólo eso. Para que un directivo sea una norma es necesario que esté conectado con *hechos sociales de determinado tipo*. La idea de Ross puede ser representada así:

$$n \equiv D + [hs \rightarrow (E \wedge O)]$$

En otras palabras: la norma es un directivo que corresponde a ciertos hechos sociales (*hs*) de tal manera que la forma de conducta expresada en *n*:

- 1) Es seguida en general por ciertos miembros de la sociedad (E).
- 2) Es sentida por ellos como obligatoria (O).<sup>123</sup>

<sup>121</sup> Ross, Alf, “Nota al libro de Kelsen ‘Qué es la justicia’”, en *El concepto de validez y otros ensayos*, op. cit., pp. 35-36.

<sup>122</sup> Ross, Alf, *Lógica de las normas*, op. cit., p. 78.

<sup>123</sup> Cfr., ibidem, p. 91.

Sobre el concepto de 'vigencia' hablaré a continuación.

### 2.3.-El concepto de 'derecho vigente'

Para Ross, los fenómenos jurídicos y las normas jurídicas constituyen los dos aspectos integrantes del complejo 'derecho'. Para explicitar esta concepción, nuestro autor recurre al ejemplo de las reglas del ajedrez:

Los fenómenos del ajedrez y las normas del ajedrez no son mutuamente independientes como si cada uno poseyera realidad propia; son aspectos diferentes de la misma cosa. Ninguna acción biológico-física considerada en sí misma, es una movida del ajedrez. Sólo adquiere esta calidad al ser interpretada en relación con las normas del ajedrez. Y a la inversa, ningún contenido ideal de naturaleza directiva tiene *per se* el carácter de una norma válida de ajedrez.<sup>124</sup>

De este modo, se puede afirmar junto con Ross que ninguna acción físico-biológica considerada *en sí misma* constituye un fenómeno jurídico. De la misma manera, ningún directivo tiene *por sí* el carácter de una norma jurídica vigente.

Las reglas del ajedrez carecen de realidad y no existen como cosa independiente de la experiencia de los jugadores (...). Un análisis preciso, pues, tiene que dividir el concepto "regla de ajedrez" en dos partes: 1) las experiencias de ciertos patrones de conducta (con las emociones concomitantes) y 2) el contenido abstracto de esas ideas, las normas de ajedrez.<sup>125</sup>

La hipótesis de Ross es la siguiente: las normas jurídicas funcionan como *esquemas de interpretación* para un conjunto correspondiente de actos sociales (*i.e.*, el 'derecho en acción') que hace posible comprenderlos como un *todo coherente de significado y motivación* y predecirlos dentro de ciertos límites. Esta concepción se basa en el hecho de que las normas son efectivamente obedecidas porque se las vive como socialmente obligatorias<sup>126</sup>.

Surge entonces el siguiente problema: ¿cómo entender el concepto de 'vigencia' en el derecho? Se debe aclarar que cuando se plantea el problema del 'derecho vigente', no se pregunta por la definición del concepto. Ross

<sup>124</sup> Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, op. cit., p. 39.

<sup>125</sup> Ídem.

<sup>126</sup> *Cfr.*, ibídem, p. 55.

enfatisa que el problema de la definición de ‘derecho’ *es ajeno a la filosofía del derecho*. Lo que interesa aquí es saber a qué nos referimos cuando hablamos de ‘derecho vigente’. Propongo resolver la problemática intentando explicitar los puntos siguientes:

- 1.-El concepto de ‘orden jurídico nacional’.
- 2.-Hechos sociales que constituyen *fenómenos jurídicos*.
- 3.-El *test* de la vigencia y el procedimiento de *verificación*.
- 4.-El uso de la fuerza en el derecho.

Un orden jurídico nacional es un sistema individual determinado por una ‘coherencia interna de significado’. Para constituir un sistema, las reglas jurídicas tienen que referirse a *acciones definidas realizadas por personas definidas*. ¿A quiénes se dirigen dichas reglas y cuál es su significado?

Las normas de derecho, según Ross, son de dos tipos: a) normas de conducta y b) normas de competencia. Ambas son caracterizadas como *directivos para los tribunales*:

El primer grupo incluye aquellas normas que prescriben una cierta línea de acción. (...) El segundo grupo contiene aquellas normas que crean una competencia (poder, autoridad)... Una norma de competencia es, así, una norma de conducta indirectamente expresada. (...) Las normas de competencia se pueden reducir a normas de conducta y, por ende, también tienen que ser interpretadas como directivas para los tribunales.<sup>127</sup>

Ahora bien: si el derecho es algo que consiste parcialmente en normas, por un lado, y fenómenos, por el otro, ¿cuáles son esos *hechos sociales* que constituyen la contrapartida de las normas jurídicas? Según Ross, tienen que ser necesariamente *acciones humanas reguladas por dichas normas*. Pero, ¿qué tipo de acciones humanas? Nuestro autor no encuentra otra respuesta: *las decisiones de los tribunales*<sup>128</sup>. En primer lugar, las normas jurídicas determinan las condiciones bajo las cuales debe ejercerse la fuerza por parte de los tribunales. En segundo lugar, en las decisiones de éstos últimos se debe buscar la *efectividad* en que consiste la *vigencia del derecho*.

Un sistema jurídico es vigente únicamente si puede servir como *esquema de interpretación* en el sentido explicado. Por consiguiente, un orden jurídico

---

<sup>127</sup> Ibidem, p. 60.

<sup>128</sup> Cfr., ibidem, p. 61.

nacional puede ser caracterizado como un *complejo de normas que efectivamente operan en el espíritu del juez, porque éste las vive como socialmente obligatorias y por eso las obedece*<sup>129</sup>. De esta manera, el concepto de 'vigencia' se integra de dos puntos:

- a) El acatamiento regular y externamente observable de una pauta de acción (E).
- b) La experiencia de esta pauta de acción como una norma socialmente obligatoria (O).

Del mismo modo que no podemos determinar si una regla de ajedrez es vigente por medios puramente conductistas o haciendo referencia sólo a ideas abstractas sin conexión con actos humanos, no puede determinarse lo que es derecho vigente sino mediante hipótesis referentes a la experiencia interna del juez:

El concepto de vigencia del derecho descansa, de acuerdo con lo que llevamos dicho, en hipótesis referentes a la vida espiritual del juez. No puede determinarse lo que es derecho vigente por medios puramente conductistas, esto es, mediante observación externa de regularidades en las relaciones (costumbres) de los jueces. (...) [E]l derecho no es meramente un orden fáctico, un puro hábito, sino un orden que es experimentado o vivido como socialmente obligatorio.<sup>130</sup>

El *test* de la vigencia consiste en comprender las decisiones de los tribunales como respuestas con sentido a condiciones dadas y, dentro de ciertos límites, poder predecirlas. Ahora bien, sólo la *aplicación del derecho por los tribunales* son decisivos para determinar la vigencia de las normas jurídicas. De esta manera, Ross afirma que:

*D* es derecho vigente ↔ *es efectivamente aplicado*  
en X *por los tribunales*<sup>131</sup>

y *D* es aplicado porque es vivido por parte del juez como socialmente

---

<sup>129</sup> *Cfr.*, *idem.*

<sup>130</sup> *Ibidem.*, pp. 63-65.

<sup>131</sup> *Cfr.*, *ibidem.*, p. 62.

obligatorio:

(...) *D* es caracterizada como “derecho vigente” y mostramos que esta caracterización aludía a una correspondencia entre el sistema de normas al que pertenece *D*, y una realidad social, a saber, la aplicación del derecho por los tribunales. La correspondencia es tal que al emplear el sistema de normas como un esquema de interpretación estamos habilitados para comprender las acciones de los tribunales como respuestas con significado a condiciones dadas, y dentro de ciertos límites, para predecir esas acciones.<sup>132</sup>

Ross explica que para la ciencia empírica moderna, una proposición acerca de la realidad (un ‘juicio de ser’) implica que siguiendo un cierto procedimiento bajo ciertas condiciones, resultarán determinadas experiencias directas. Dicho procedimiento se denomina ‘de verificación’. Ahora bien, la suma de las implicaciones verificables constituye el ‘contenido real’ de la proposición. Si la ciencia jurídica es caracterizada como una ciencia empírica, el conjunto de proposiciones (aserciones) que la integran no puede referirse más que a *hechos sociales* de cierto tipo: *las decisiones de los tribunales*:

[E]l contenido real de las proposiciones de la ciencia del derecho se refiere a las acciones de los tribunales bajo ciertas condiciones. (...) Si alguno pregunta cuál es el derecho vigente hoy en relación con una determinada materia, lo que indudablemente quiere saber es cómo serán decididos los conflictos de hoy si son sometidos a los tribunales.<sup>133</sup>

En conclusión: las aserciones jurídicas (‘ $\alpha$ ’) son una *predicción* de acontecimientos sociales futuros:

[L]os enunciados que se refieren al derecho vigente de hoy tienen que ser entendidos como enunciados que aluden a decisiones futuras hipotéticas supeditadas a ciertas condiciones: si se inicia una acción respecto de la cual la regla jurídica particular tiene relevancia y en el ínterin no ha habido modificación en el estado del derecho.<sup>134</sup>

---

<sup>132</sup> Ibídem, p. 65.

<sup>133</sup> Ibídem, p. 67.

<sup>134</sup> Ibídem, p. 68. “Si la afirmación doctrinaria de que una cierta regla es derecho dinamarqués vigente es, de acuerdo con su contenido real, una predicción de que la regla será aplicada en decisiones jurídicas futuras, se sigue de ahí que las afirmaciones de esta naturaleza no pueden pretender nunca certeza absoluta, sino que sólo pueden ser sostenidas con un mayor o menor grado de probabilidad (...). En los hechos, la afirmación de que una regla rige es altamente relativa. Una regla puede ser derecho vigente en un grado mayor o menor, que varía con el grado de probabilidad con el que podemos predecir que ella será aplicada”, ibídem, pp. 71-72.

Para terminar este apartado, diré que Ross concibe al orden jurídico como el conjunto de reglas concernientes al ejercicio de la fuerza física. Las normas que integran al derecho no son reglas que se encuentren respaldadas por la fuerza. La vinculación entre las normas jurídicas y la fuerza consiste en el hecho de que ellas se refieren a la aplicación de ésta, y nada más<sup>135</sup>.

#### 2.4.-Análisis y crítica de la doctrina del derecho natural

La idea de un ‘conocimiento práctico’ lleva consigo una contradicción lógica. Es imposible desde una perspectiva racional entender que un *conocimiento* pueda ser al mismo tiempo una *exigencia*<sup>136</sup>. El concepto de ‘corrección’ es *a priori*; por tanto, no puede ser captado por la experiencia, sino únicamente a través de una intuición intelectual. El conocimiento que logra aprehender lo ‘válido’ y lo ‘correcto’ no es de ningún modo la ciencia empírica. Dicha captación presupone una fuente cognoscitiva distinta de la experiencia. Ross afirma que un conocimiento de este tipo es denominado *metafísico*:

Esta fuente de conocimiento es precisamente la visión espiritual con la que, libres de ataduras sensorias, aprehendemos directamente la naturaleza esencial de la existencia y la ley que gobierna nuestras acciones. Un conocimiento de este tipo es denominado metafísico. En consecuencia toda filosofía jurídica y moral que tiende a establecer normas válidas por sí mismas para la acción de los seres humanos es metafísica.<sup>137</sup>

Si no hay otro conocimiento más que el empírico, la metafísica no es posible como ciencia. De ahí que el conocimiento práctico, caracterizado como metafísico, no pertenezca al mundo de la reflexión racional. “La idea de un conocimiento práctico en sentido ético –comenta Ross– es una imposibilidad”<sup>138</sup>. La misión de la ciencia es suministrar enunciados que se sostengan racionalmente y que permitan así discriminar todos aquellos que no puedan fundamentarse en un *test* científico. Ross enfatiza que es imposible

---

<sup>135</sup> Cfr., *ibidem*, p. 80.

<sup>136</sup> Cfr., *ibidem*, p. 367. “No tiene objeto preguntar, además, por qué el derecho debe ser ‘correcto’, esto es, por qué debe satisfacer las exigencias de la idea de justicia o el cálculo del placer. Estas exigencias son absolutas y categóricas, surgen de una captación *a priori* y no pueden fundarse en argumentos racionales”, *idem*.

<sup>137</sup> *Ibidem*, pp. 367-368.

<sup>138</sup> *Ibidem*, p. 370.

probar la ‘corrección’ de una conducta a través de una argumentación racional (*i.e.*, recurriendo a los hechos y aplicando la lógica). Por tanto, el conocimiento no puede establecer que una conducta es ‘correcta’ y de esta manera motivar una acción. El papel de la ciencia en la esfera de la acción no puede consistir en el establecimiento de normas categóricas o válidas *en sí mismas*, *i.e.*, que su fuerza motivadora consista *en el conocimiento mismo*<sup>139</sup>. Dicha idea contiene una contradicción: afirmar que una norma es un directivo y, al mismo tiempo, una aseveración verdadera. Este mundo de las conductas ‘correctas’ y de las normas ‘verdaderas’ únicamente puede ser entendido desde una visión metafísica, pero nunca desde la perspectiva del conocimiento científico: *la aprehensión conceptual o cognoscitiva como tal carece de toda fuerza motivadora*<sup>140</sup>.

Ross explica que las ciencias sociales siguen siendo todavía una mezcla desafortunada entre ciencia y política. La teoría política, durante siglos, se ha sostenido bajo la bandera del absolutismo filosófico y del racionalismo:

El problema de la acción política ha sido considerado como un problema relacionado con la discusión política, como una manera de determinar, a la luz de principios racionales, cuál es la acción correcta. (...) Las ideologías políticas han sido proclamadas y aceptadas como verdades racionales, y la argumentación de política jurídica ha asumido la forma de deducciones a partir de las verdades eternas de la justicia y del derecho natural.<sup>141</sup>

La dificultad de liberar a las ciencias sociales de pensamientos de deseo y de ideologías políticas parece estar bien testimoniada en la doctrina del

---

<sup>139</sup> *Cfr.*, *ibidem*, p. 370. Dichas normas serían así independientes de toda actitud o interés subjetivo, *i.e.*, de todo aquello que podríamos denominar ‘irracional’. Para Ross, la ciencia, presuponiendo un motivo (interés, actitud), puede dirigir la acción. Sin embargo, la discusión política no se da en el plano de la ciencia. La política no trata de probar verdades. Dicha discusión se da en el plano psicológico técnico: “Lo que es específicamente político es la integración de consideraciones múltiples. Cada una de éstas puede estar fundada en conocimiento científico, pero la integración misma es un acto irracional que se encuentra más allá del dominio de la ciencia causal (...). [S]u función no es probar una verdad, sino convencer a un oponente, esto es, convertirlo al punto de vista propio”, *ibidem*, p. 396. Ross enfatiza que la persuasión queda fuera del ámbito del conocimiento racional. *Cfr.*, *ibidem*, p. 385.

<sup>140</sup> *Cfr.*, *ibidem*, p. 369. Ross hace una distinción absoluta entre actos de aprehensión de la conciencia (conceptuales o cognoscitivos) y actos que constituyen una actitud. *Cfr.*, *idem*.

<sup>141</sup> *Ibidem*, pp. 395-396.

derecho natural. Las críticas de Ross a la misma pueden ser divididas en tres puntos:

- 1.-Aspectos epistemológicos.
- 2.-Aspectos psicológicos.
- 3.-Aspectos políticos.

La idea central de la doctrina del derecho natural consiste en la afirmación de que la ‘corrección’ del derecho positivo depende de su concordancia con un patrón o ideal que se encuentra en la razón del hombre o en la naturaleza. Esta idea se sostiene en la creencia de que existen principios universalmente válidos que gobiernan la vida del hombre en sociedad, que además son *verdaderos* y *obligatorios* para todos. Sin embargo, la verdad de estos principios no puede ser determinada por medio de la ciencia empírica, sino que presupone una *interpretación metafísica de la naturaleza humana*:

El proceso cognoscitivo por medio del cual esas leyes son descubiertas y enunciadas es diferente del proceso empírico, pero el resultado es el mismo: conocimiento, captación, verdad. La validez “universal” de las leyes significa lo mismo que la universalidad de un enunciado verdadero, lógico o empírico, a saber, su independencia de las variables condiciones subjetivas.<sup>142</sup>

Desde una perspectiva epistemológica, la doctrina del derecho natural se fundamenta en una *intuición intelectual* o en un sentimiento de *evidencia*. “[E]n realidad –afirma Ross– no es otra cosa que una expresión dogmática y patética de la conciencia moral y jurídica de la época”<sup>143</sup>. Las aserciones que integran el campo de la metafísica son *irrefutables*<sup>144</sup>. Esta característica se deriva, precisamente, del hecho de que dichas proposiciones se afirman en una esfera que queda más allá del alcance de la verificación. Ross afirma contundentemente que *la evidencia no puede ser criterio de verdad*<sup>145</sup>. Dos cuestiones pueden ser resaltadas en la historia del derecho natural:

- a) La arbitrariedad de los principios fundamentales sobre la naturaleza del hombre.

---

<sup>142</sup> Ross, Alf, “El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural”, en *El concepto de validez y otros ensayos*, op. cit. pp.13-14.

<sup>143</sup> Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, op. cit., p. 357.

<sup>144</sup> *Cfr.*, ibídem, p. 319. “Hablando estrictamente, las aserciones metafísicas no admiten ser refutadas (...). Hay que aprender simplemente a pasarlas por alto como algo que no tiene fundamento o lugar legítimo en el pensamiento científico”, idem.

<sup>145</sup> *Cfr.*, ibídem, p. 322.



b) La arbitrariedad de las ideas jurídico-morales desarrolladas sobre ese fundamento.

Las aserciones metafísicas tienen un carácter totalmente *arbitrario* precisamente porque se sostienen en el concepto de 'evidencia' como criterio de verdad<sup>146</sup>. Ross afirma que los postulados de la metafísica son meras construcciones para apoyar actitudes emocionales y la satisfacción de ciertas necesidades:

El factor fundamental en todas las manifestaciones de esta línea de pensamiento es un temor a la existencia y a los poderes que dominan al hombre, y la necesidad de buscar refugio en algo absoluto, algo que esté por encima de todo cambio y pueda ofrecer paz y seguridad (...). Tal actitud ante la vida es típicamente infantil. La historia de la ciencia es la historia de la liberación del espíritu humano de las pesadas cadenas del temor. Pero es un proceso que no ha concluido todavía. Mientras que el punto de vista científico es dominante en el modo de ver la naturaleza, en las cuestiones sociales, morales y jurídicas permanecemos todavía varados en un persistente infantilismo. La filosofía del derecho natural es uno de sus productos.<sup>147</sup>

El objetivo de la doctrina iusnaturalista es la búsqueda de lo eterno, lo absoluto, *i.e.*, de todo aquello que haga del derecho algo más que la obra de seres humanos y que libere al legislador de la responsabilidad de una decisión. En conclusión: las aserciones del iusnaturalismo (como especulaciones metafísicas) son *carentes de sentido*<sup>148</sup>.

Desde la perspectiva psicológica, no basta con establecer las fallas epistemológicas de las concepciones del derecho natural. Es necesario, además, determinar las razones por virtud de las cuales los seres humanos persisten en ellas. Ross comenta:

[L]as creencias están en medida muy limitada bajo el control de la experiencia y la crítica; ellas se desarrollan al impulso del temor, de la esperanza y de los deseos. (...) [A]un las comunidades que han progresado, en el sentido de adquirir capacidad para el pensamiento crítico, aun los científicos (...), exhiben todavía una inequívoca tendencia a que su concepción de la realidad se forme y colorea bajo la presión de factores irracionales.<sup>149</sup>

---

<sup>146</sup> Cfr., *ibídem*, p. 322.

<sup>147</sup> *Ibidem*, pp. 283-284.

<sup>148</sup> Cfr., *ibídem*, p. 323.

<sup>149</sup> Cfr., *ibídem*, p. 373.

*Estamos siempre dispuestos a ver lo que deseamos ver y a cerrar los ojos a lo que no queremos ver*<sup>150</sup>. El éxito de la metafísica se basa en el temor a la vida y a la muerte, a la transitoriedad mundana, al deseo del absoluto, al miedo de tener que elegir y decidir bajo nuestra propia responsabilidad. Preferimos vernos como “dóciles piezas de un orden cósmico”<sup>151</sup>. El mecanismo psicológico que produce la persistencia en las creencias metafísicas consiste en entender nuestros impulsos morales de forma independiente de nuestras necesidades y deseos conscientes. De esta manera surge la idea ilusoria de una *validez o corrección*, que se afirma radicalmente distinta y autónoma de nuestra naturaleza física, instintos y deseos. ¿Resultado? Una interminable lista de doctrinas e ideologías derivadas de construcciones metafísicas y morales<sup>152</sup>.

Desde la perspectiva política, el derecho natural sirve para defender todo aquello que es denominado ‘ideología’:

[L]as doctrinas que los hombres han construido sobre estas fuentes, lejos de ser eternas e inmutables, han cambiado con arreglo al tiempo, al lugar y a la persona. El noble manto del derecho natural ha sido usado en el curso del tiempo para defender todo tipo concebible de exigencias. (...) [E]l derecho natural está a disposición de cualquiera. No hay ideología que no pueda ser defendida recurriendo a la ley natural.<sup>153</sup>

El iusnaturalismo ha sido primordialmente *conservador*, y sólo por excepción, revolucionario. Esto se deriva de las características que ha tenido la idea de ‘justicia’ como concepción central del derecho natural.

Ross afirma que la justicia es la *idea específica del derecho*. Se encuentra reflejada con un mayor o menor grado en las leyes positivas y representa la medida de su corrección. Sin embargo, es imposible tener una discusión racional con quien apela a la justicia. Según Ross, las palabras involucradas en dicha apelación no constituyen argumento sino *persuasión*. La idea de la justicia conduce a la intolerancia y al conflicto. Invocar a ella es como dar un golpe sobre la mesa: *es una expresión emocional que hace de la propia*

---

<sup>150</sup> Cfr., ídem. “Sólo tenemos que mirar en nuestros corazones para saber cuán necesario es, por honestas que sean nuestras intenciones, estar continuamente alerta contra la ceguera, el prejuicio, el autoengaño o la falsificación”, ídem.

<sup>151</sup> Ídem.

<sup>152</sup> Cfr., íbidem, p. 324.

<sup>153</sup> Íbidem, pp. 320 y 322.

*exigencia un postulado absoluto:*

Aplicadas en esta conexión, las palabras no tienen significado descriptivo alguno. Una persona que sostiene que cierta regla o conjunto de reglas (...) es injusto, no indica ninguna cualidad discernible en las reglas. No da ninguna razón para su actitud; simplemente se limita a darle una expresión emocional. Dicha persona dice: “Estoy en contra de esta regla porque es injusta”. Lo que debiera decir es: “Esta regla es injusta porque estoy en contra de ella”.<sup>154</sup>

En el fondo, la justicia constituye un *concepto formal* a través del cual es posible defender cualquier tipo de postulado material. De ahí su carácter *ideológico*. La idea de justicia constituye para Ross una actitud militante de tipo biológico-emocional que tiene por objeto la defensa de ciertos intereses. Más adelante afirma:

La justicia, en consecuencia, no puede ser una pauta jurídico-política o un criterio último para juzgar una norma. Afirmar que una norma es injusta, como hemos visto, no es más que la expresión emocional de una reacción desfavorable frente a ella. La declaración de que una norma es injusta no contiene ninguna característica real, ninguna referencia a algún criterio, ninguna argumentación. La ideología de la justicia no tiene, pues, cabida en un examen racional del valor de las normas.<sup>155</sup>

Para terminar este apartado, haré breve referencia al problema del dualismo en el derecho. Como ya se ha comentado, Ross considera que el mismo constituye la principal causa de error en las teorías jurídicas. Dicho dualismo implica entender al fenómeno jurídico, no obstante su positividad, como algo que no se agota en el concepto de ‘realidad’. El derecho es al mismo tiempo válido y fáctico, físico y metafísico. No como dos aspectos coordinados, sino como la *manifestación de la validez en la realidad*, que por esto es calificada como ‘derecho’. Este es el fundamento por el cual el derecho *obliga*. Esta concepción implica la creencia en una encarnación de lo

---

<sup>154</sup> Ibídem, pp. 339-340. “La idea de justicia, se dice, surge de nuestra conciencia más íntima con necesidad imperativa *a priori*. Pero es muy difícil afirmar que en nuestro espíritu se aloja un postulado evidente (...). [C]ualquier conducta puede ser denominada ‘correcta’ si está en armonía con reglas presupuestas, jurídicas o morales”, ídem.

<sup>155</sup> Ibídem, p. 346. “[L]a idea de justicia se resuelve en la exigencia de que una decisión sea el resultado de la aplicación de una regla general. La justicia es la aplicación correcta de una norma, como cosa opuesta a la arbitrariedad”, ídem, p. 345. “[Existe] la sospecha de que algo anda mal con una idea que puede ser invocada en apoyo de cualquier causa”, ídem, p. 334. Paradójicamente, la justicia, de ser una idea material *a priori*, se transforma en un *concepto formal*.

válido, lo metafísico, lo ideal, en el reino de lo existente, lo físico, lo real<sup>156</sup>. De esta manera, la doctrina del derecho natural, como metafísica espiritualista, puede ser caracterizada a través de dicha creencia. El derecho positivo no es algo diferente del derecho natural, sino que representa un desarrollo y manifestación en el mundo de los sentidos de los derechos naturales originales<sup>157</sup>. El derecho positivo es derecho (y no régimen de gángster) en tanto en cuanto sea derivado del derecho natural. En resumen: el derecho es una *validez supra-empírica en el reino de la realidad*<sup>158</sup>.

El realismo jurídico se opone a dicha concepción dualista. Ross emplea el concepto de 'vigencia' en sus dos aspectos para explicar el dualismo metafísico, superarlo y evitar las antinomias resultantes. Sobre el problema de la validez supra-empírica y la realidad hablaré en el capítulo siguiente.

---

<sup>156</sup> Cfr., Ross, Alf, *Hacia una ciencia realista del derecho*, op. cit., pp. 26-27.

<sup>157</sup> Cfr., ibídem, p. 38.

<sup>158</sup> Cfr., ibídem, p. 39.

## CAPÍTULO 3

### EL PROBLEMA DEL 'CUASI-POSITIVISMO' KELSENIANO

- SUMARIO:** 3.1. El problema del positivismo jurídico.  
3.2. El 'cuasi-positivismo' como una especie de derecho natural.  
3.3. El 'cuasi-positivismo' kelseniano. 3.3.1. *El derecho como 'deber ser'*. 3.3.2. *El concepto de 'validez' en Kelsen.*

#### 3.1.-El problema del positivismo jurídico

La expresión 'positivismo jurídico' designa una manera *empirista* de hacer frente a los problemas de la filosofía del derecho. No obstante lo anterior, difícilmente se puede hablar de una escuela homogénea o de un grupo de autores con equivalentes o muy similares resultados. En este apartado seguiré la caracterización que hace Alf Ross de dicha forma de hacer teoría jurídica. Su compatibilidad con el positivismo kelseniano será analizada en el último capítulo del presente trabajo.

Antes que nada, me atrevo a afirmar que el término 'positivismo jurídico' sostiene una carga emocional negativa para diversos autores. No es de extrañar que a dicho concepto se le atribuyan sinónimos como 'legalismo' o 'formalismo', y que la polémica en contra de su proceder en cuanto a métodos y fundamentos epistemológicos no sea sólo cuestión de discusiones científicas o académicas. *Algo debe suceder con un concepto que causa tantos problemas, aunque no sean todos estrictamente filosóficos.* Dicha carga emocional negativa se deriva de la vinculación de la expresión con una actitud de torpeza e irresponsabilidad moral, con toques de complicidad respecto de regímenes políticos abominables y a la falta de comprensión de un supuesto mundo de los valores, de las esencias y de lo absoluto. En esta cuestión son particularmente importantes las aportaciones de Ross.

Como buen neoempirista, Ross conecta el positivismo jurídico con su concepción de filosofía. Para nuestro autor, dicha manifestación teórica representa un *enfoque de los problemas de la filosofía del derecho basado en*

*los principios del empirismo y la perspectiva antimetafísica*<sup>159</sup>. Dos son las tesis fundamentales que caracterizan al positivismo jurídico:

∇1.-La creencia en el derecho natural es errónea: *todo derecho es positivo*.

∇2.-Es posible establecer la existencia del derecho de un país en un tiempo determinado y además describirlo en términos exclusivamente *empíricos*<sup>160</sup>.

Como se ve, ∇1 es totalmente incompatible con la doctrina del derecho natural. Como ya se ha tratado en el capítulo anterior, esta tesis que niega al derecho natural es una consecuencia que se encuentra implícita en la concepción de que *el conocimiento práctico es una imposibilidad*. Sin embargo, cabe aclarar que dicha negación no se deriva de una postura emocional o política que tenga por objeto la destrucción de ciertas exigencias morales que establezcan cómo debe regirse la conducta humana de acuerdo a determinados requerimientos. El positivismo, como lo entiende Ross, simplemente afirma que los juicios de ‘deber ser’, como directivos, *no pueden expresar verdades*. Los enunciados metafísicos que expresan un principio ético son *ateóricos*. Quedan, por tanto, fuera del conocimiento racional.

De ∇1 se deriva la carga emocional negativa del concepto ‘positivismo jurídico’. La negación del derecho natural no se vincula con un planteamiento metaético<sup>161</sup> (como debería hacerse), sino que se relaciona con dos tipos de tesis que no tienen nada que ver con el positivismo bien entendido: por una lado, el nihilismo moral; por el otro, el indiferentismo moral o relativismo. Es necesario distinguir el nihilismo moral del teórico o axiológico. Sin duda, el positivismo de Ross implica una tesis nihilista axiológica al afirmar que la valoración no es una actividad teórica, sino *irracional*. Desde el punto de vista del conocimiento científico no se puede expresar ningún juicio valorativo con pretensión de validez teórica. El nihilismo axiológico es *antimetafísico*. Esta concepción (básica para el neoempirismo en general) se ha entendido incorrectamente y ha llevado a considerar a los exponentes de dicha tesis

---

<sup>159</sup> Cfr., Ross, Alf, “El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural”, en *El concepto de validez y otros ensayos*, op. cit., p. 8.

<sup>160</sup> Cfr., ibídem, p. 9.

<sup>161</sup> Es decir, la doctrina perteneciente a la filosofía general que niega el conocimiento práctico.

como peligrosos para la cultura y una amenaza para los fundamentos morales de la comunidad<sup>162</sup>. No es de extrañar que los críticos de las doctrinas absolutistas en materia moral y jurídica (desde los antiguos sofistas hasta los modernos empiristas) sean estigmatizados como inmorales y peligrosos para la civilización<sup>163</sup>. Para aclarar esta cuestión, es preciso señalar que el nihilismo axiológico no implica: a) rechazar todo principio y todo valor moral, afirmando que no hay otra ley que la del más fuerte; ni tampoco: b) declarar, con base en la negación del conocimiento práctico, que todos los principios morales son buenos y que nadie es competente para juzgar la conducta o moralidad de los demás. En otras palabras: el nihilismo axiológico nada tiene que ver con el nihilismo moral y el relativismo.

El filósofo contrario al conocimiento moral vive, sin embargo, como cualquier otra persona; no está ni mejor ni peor que los demás. Como ellos, adopta ciertos directivos morales (...) y rechaza otros. (...) [C]onsiderará su propia moralidad como una actitud personal, un compromiso 'existencial', que está dispuesto a defender con su persona y con su vida, pero no lo considerará como un conocimiento impersonal y objetivo<sup>164</sup>.

∇2, por su parte, afirma que la descripción del derecho (*i.e.*, un orden jurídico de un país en un momento determinado) consiste en enunciar un conjunto de hechos sociales observables. Esta tesis no resulta incompatible con el iusnaturalismo. Por el contrario: la identificación positivista de órdenes jurídicos constituye un presupuesto de la doctrina del derecho natural. ¿Cómo se explica esto? Antes de responder a la pregunta, es necesario dejar establecidas ciertas premisas.

Lo primero que debe quedar claro es que tanto positivistas como iusnaturalistas *no emplean la expresión 'derecho' del mismo modo*. Esto tiene mucho que ver con la significación descriptiva y emotiva de las palabras. La discusión gira en torno a una desafortunada confusión que dividiré en dos partes:

- a) El problema de la tarea científica
- b) El problema político-moral

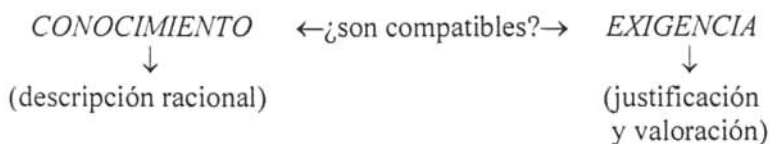
---

<sup>162</sup> Cfr., Geiger, Theodor, *Moral y derecho. Polémica con Uppsala*, op. cit., pp. 23 y 24.

<sup>163</sup> Cfr., Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, op. cit., p. 290.

<sup>164</sup> Cfr., Ross, Alf, *Lógica de las normas*, op. cit., pp. 67-69.

En lo que se refiere al primer problema, Ross sostiene que la tarea científica corresponde al requerimiento positivista correctamente entendido. Esta afirmación se deriva de la concepción de enunciados científicos explicada en el capítulo anterior: la utilización de *proposiciones fácticas o empíricas* es característica del proceder científico. Por otro lado, la doctrina iusnaturalista no lleva a cabo una tarea de este tipo, *i.e.*, científica, descriptiva, *empírica*. Esto no significa que las tareas no científicas o irracionales no sean importantes o relevantes; simplemente pretende dejar claro que la idea de un derecho natural, al tener como propósito la valoración (que es un *sin sentido* para el neoempirismo), *no tiene por objeto la descripción del mundo empírico*. Póngase atención al siguiente esquema:



La ciencia (*i.e.*, el conocimiento, la *epísteme*) no tiene otro objeto que la *descripción racional del mundo* (ya sea este natural o social). De un enunciado científico no se puede deducir una exigencia de actuar. En todo caso, mientras que los componentes de las teorías científicas (*i.e.*, los enunciados 'α') pueden ser verdaderos o falsos, los directivos a través de los cuales se *exige* una conducta no lo son. *Conocimiento y exigencia son totalmente incompatibles*.

La metafísica iusnaturalista me parece bien caracterizada como lo hace Ross: se trata de un 'conocimiento' que es a la vez *exigencia*. Representa la máxima expresión del conocimiento práctico. En otras palabras: *una descripción y una justificación que no se distinguen*. Cuando se afirma que algo *es*, implica también que se sostiene que *así debe ser*. De ahí que no deba extrañar la actitud patética que considera la identificación de un orden jurídico como equivalente a su justificación y exigencia de obediencia. Cabe aclarar, por otro lado, que no se trata de un postulado positivista, como erróneamente creen los acostumbrados a repetir lugares comunes, sino de una ideología que ha persistido desde hace siglos. No debe sorprender que el nacionalsocialismo, por citar un caso, se haya servido de la retórica iusnaturalista para



fundamentar su cosmovisión<sup>165</sup>. Me parecen apropiadas las palabras de Ross sobre el particular:

[U]na terminología descriptiva nada tiene que hacer con la aprobación o reprobación moral. Puedo considerar a cierto orden como un “orden jurídico”, y al mismo tiempo entender que mi deber moral más alto es derrocarlo. Esta mezcla de puntos de vista descriptivos y actitudes morales de aprobación (...) es un ejemplo de lo que Stevenson llama “definición persuasiva”.<sup>166</sup>

Desde un punto de vista estrictamente epistemológico: ¿tiene sentido afirmar que la *epísteme* implica necesariamente una exigencia de actuar de determinado modo? Junto con Ross, mi respuesta es negativa. Conocimiento y exigencia son dos universos distintos. El intento de fusionarlos es *ideológico*. Desde esta perspectiva, la polémica positivismo vs. iusnaturalismo deja de ser una disputa meramente verbal. Tiene que ver con una concepción de la ciencia y su papel en la vida humana. La doctrina iusnaturalista no lleva a cabo una tarea descriptiva, sino *moral y política*.

Establecidas las premisas, se está en condiciones de contestar al interrogante que se había planteado. La doctrina del derecho natural no puede negar que el orden jurídico es un hecho social que puede ser descrito en términos exclusivamente fácticos, según la teoría de Ross. El iusnaturalista presupone la identificación fáctica del derecho para posteriormente determinar si dicho orden *debe o no ser obedecido*. En este aspecto, la expresión ‘derecho’ es utilizada de manera distinta por iusnaturalistas y positivistas. La divergencia aquí es *de términos*: la doctrina del derecho natural utiliza la palabra ‘derecho’ para destacar *terminológicamente* la diferencia moral entre diversos sistemas sociales; el positivismo emplea la expresión para destacar *terminológicamente* la similitud fáctica estructural entre sistemas diversos, con independencia de sus calificaciones morales: “[E]l derecho es un hecho; y que un hecho continúa siendo tal, le guste a uno o no; y sea que se lo considere en armonía o en conflicto con algunos principios del derecho natural, cuya verdad se presupone”<sup>167</sup>.

---

<sup>165</sup> Cfr., Tamayo y Salmorán, Rolando, “Radbruch y el ‘renacimiento’ del iusnaturalismo. Positivismo y nacionalsocialismo”, en *Revista Jurídica Jalisciense*, año II, no. 3, México, Universidad de Guadalajara, mayo-agosto de 1992, pp. 139-152.

<sup>166</sup> Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, op. cit., p. 58.

<sup>167</sup> Ross, Alf, “El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural”, en *El concepto de validez y otros ensayos*, op. cit., pp. 10 y 18. Ross, sin duda, es partidario de una descripción del derecho por medio de términos no morales.

Mientras que un positivista pretende llevar a cabo una *descripción del mundo empírico* (particularmente el jurídico), el iusnaturalista se ocupa de una rama de la filosofía moral: *¿es o no un deber moral cumplir con las reglas de un orden jurídico?*<sup>168</sup>

### 3.2.-El ‘cuasi-positivismo’ como una especie de derecho natural

Existen, según Verdross, dos especies de positivismo jurídico:

- 1.- Hipotético o moderado
- 2.- Dogmático o extremo<sup>169</sup>

La primera especie de positivismo jurídico hace referencia a una manera de tratar los problemas jurídicos dejando abierta la cuestión de la existencia del derecho natural. Dicha corriente afirma que la respuesta al interrogante ‘¿existe el derecho natural?’ no es relevante para la ciencia del derecho. Por tanto, no se pregunta por la posibilidad del conocimiento práctico, sino que, por el contrario, hace a un lado la problemática por no considerarla de importancia para la construcción de la *episteme* jurídica. Esta postura, como se ve, no es la sostenida por Ross.

El positivismo dogmático o extremo es aquel que niega la existencia del conocimiento práctico y, por consiguiente, del derecho natural. Dicha postura manifiesta la imposibilidad de la razón humana para descubrir los principios que se consideran inherentes al *ius naturale*.

*Prima facie*, la teoría de Ross aparece como una vertiente del positivismo dogmático o extremo. Sin embargo, ¿es correcta dicha caracterización? Para Verdross, la negación del derecho natural lleva a sostener las siguientes tesis:

∇<sub>1</sub>: La validez del derecho positivo (*i.e.*, su ‘fuerza obligatoria’) no proviene del derecho natural.

∇<sub>2</sub>: Todo orden jurídico positivo tiene absoluta validez o fuerza obligatoria, la cual, al no derivarse de un derecho natural, le es inherente a las normas positivas mismas<sup>170</sup>.

---

<sup>168</sup> Cfr., *idem*.

<sup>169</sup> Cfr., *ibidem*, p. 20.

De este modo, el positivismo extremo se manifiesta como una exigencia de obediencia estúpida y no crítica respecto del derecho positivo. Pero, ¿es ésta la base del pensamiento de Ross? Me apresuro, junto con nuestro autor, a contestar esta pregunta de manera negativa. El positivismo jurídico, como ha quedado explicado en el apartado anterior, se encuentra bastante lejos de dicha concepción.

En primer lugar, la negación de la existencia del derecho natural se deriva, como ya se ha comentado, del rechazo de la posibilidad de un ‘conocimiento práctico’. La afirmación de dicha imposibilidad se da en el plano de la metateoría, *i.e.*, de la epistemología. La doctrina del *ius naturale*, al participar de las características del conocimiento práctico, no constituye *epísteme* alguna.

En segundo lugar, la negación del derecho natural lleva a rechazar la tesis de que el derecho positivo posee ‘validez’ en el sentido iusnaturalista. Esto significa que la idea que atribuye al derecho una fuerza obligatoria absoluta no puede ser afirmada por el conocimiento científico. *De  $\forall_1$  no se sigue  $\forall_2$ .*

El error de Verdross consiste en pensar que cuando el positivista jurídico niega que la validez del derecho positivo se deduce del derecho natural, dicha ‘fuerza obligatoria’ resulta proyectada de manera inherente a las normas positivas. De esta manera, surge la idea que el derecho tiene fuerza obligatoria absoluta e incondicional, la cual se manifiesta en la fórmula ‘la ley es la ley’. Del mismo modo surge la creencia de que, al negar la validez en el sentido iusnaturalista, el positivista no hace más que contradecirse al adoptar una posición contra un sistema político que pueda ser considerado abominable<sup>171</sup>. Sobre el particular, Ross afirma:

Sería grato para mí que mi amigo y colega reconociera que es perfectamente posible, sin ninguna autocontradicción, negar la objetividad de los valores y de la moral, y al mismo tiempo ser una persona decente y un compañero de lucha digno de confianza contra un régimen de terror, corrupción e inhumanidad. La creencia de que los juicios morales no son verdaderos (ni falsos), que no son el resultado de un proceso cognoscitivo, ni una aprehensión comparable al conocimiento lógico o empírico, de ninguna manera es incompatible con que tales juicios

---

<sup>170</sup> *Cfr.*, *idem*.

<sup>171</sup> *Cfr.*, *ibidem*, p. 21.

emanen de sólidas actitudes morales. La posición positivista no se refiere a la moral sino a la lógica del discurso moral; no a la ética, sino a la metaética.<sup>172</sup>

El positivismo dogmático o extremo que afirma la validez absoluta del derecho positivo es denominada ‘cuasi-positivismo’ por Ross. El término induce a pensar que se trata de una vertiente del positivismo jurídico. Sin embargo, no es así. El ‘cuasi-positivismo’ jurídico representa una especie de derecho natural. De ahí que la polémica entre la doctrina del derecho natural y el ‘cuasi-positivismo’ no tenga nada que ver con las tesis principales del positivismo jurídico, sino que se trata de “una controversia entre dos escuelas iusnaturalistas divergentes”<sup>173</sup>. Para distinguir el positivismo jurídico del ‘cuasi-positivismo’, propongo prestar atención al cuadro siguiente:

---

DOCTRINA  
DEL  
DERECHO  
NATURAL

- 1.- Afirmación del conocimiento práctico (*epísteme* y exigencia no son contradictorios)
- 2.- Existen principios verdaderos, obligatorios y universales de los cuales se deriva la corrección y validez del derecho positivo. *El derecho positivo es la encarnación de la validez jurídica en el mundo empírico.*

---

‘CUASI-POSITIVISMO’  
JURÍDICO

- 1.- El derecho posee ‘validez’ o ‘fuerza obligatoria’ absoluta.
- 2.- Se basa en la fórmula ‘la ley es la ley’, *i.e.*, que todo derecho, por el *hecho* de serlo, *debe ser obedecido.*

---

POSITIVISMO  
JURÍDICO

- 1.- No existe el derecho natural. *Todo derecho es positivo.* El conocimiento práctico es una imposibilidad.
- 2.- Es posible establecer la existencia del derecho de un país y describirlo en términos exclusivamente *empíricos.*
- 3.- Negación del concepto de ‘validez’ o ‘fuerza obligatoria’ como categoría jurídica.

---

<sup>172</sup> Ídem.

<sup>173</sup> *Ibidem*, p. 8.

El ‘cuasi-positivismo’ jurídico es una especie de derecho natural en el sentido de que no pretende realizar una descripción del mundo empírico, sino contestar a la pregunta: *¿es o no un deber moral cumplir con las normas jurídicas positivas?* El ‘cuasi-positivismo’ puede ser correctamente caracterizado como una doctrina iusnaturalista conservadora: *el derecho es derecho y por eso debe obedecerse.*

*Prima facie*, parecería extraño identificar el ‘cuasi-positivismo’ como una vertiente iusnaturalista. Esto en virtud de que no hace referencia al derecho natural. Sin embargo, como se ha señalado, uno de los conceptos básicos que caracteriza al ‘cuasi-positivismo’ es el de ‘fuerza obligatoria’ o ‘validez’. Dicha expresión también forma parte, implícitamente, del discurso iusnaturalista, como enseguida mostraré.

No es una idea incompatible con el derecho natural la afirmación de que existe una gran diferencia entre un *régimen de gángster* y un orden jurídico. Mientras que el segundo tiene validez o fuerza obligatoria, el primero carece de ella. Un orden jurídico es derecho porque participa de los principios del derecho natural y, por tanto, es justo. Un régimen de gángster no se deriva de dichos principios. Es un orden que no forma parte del universo de la justicia y, por consiguiente, al ser sólo una organización de la fuerza bruta, carece de validez. No es derecho<sup>174</sup>. De esta manera, el concepto de ‘validez’ representa un rasgo o característica fundamental de todo orden jurídico.

Sin embargo, visto más de cerca, el concepto de ‘validez’ (en el sentido en que se entiende por el iusnaturalismo) *no forma parte de la descripción de un orden jurídico*. Si aceptamos, con Ross, que la doctrina del derecho natural presupone la identificación positivista de un sistema de derecho en particular, la idea de una fuerza obligatoria es superflua desde el punto de vista de la ciencia empírica. ¿Qué significa, entonces, que un orden jurídico *tiene o posee* validez? De ninguna manera se trata de una descripción, sino de un requerimiento o exigencia, esto es:

VALIDEZ O		Requerimiento de <i>obedecer</i>
FUERZA OBLIGATORIA	≡	al derecho

<sup>174</sup> Cfr., Ross, Alf, “El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural”, en *El concepto de validez y otros ensayos*, op. cit., p. 15.

En otras palabras: decir que un orden jurídico en especial tiene ‘validez’, significa afirmar implícitamente que el mismo *debe ser obedecido*. De este modo, la validez o fuerza obligatoria tiene que entenderse como un directivo que establece un deber específico: *el derecho debe ser obedecido*. Pero, ¿de qué tipo de deber se está hablando? No se trata de deber jurídico alguno, por supuesto. La argumentación de Ross se desarrolla como sigue:

1.- Un ‘deber’ es siempre un *requerimiento de comportarse de cierta manera* (v. gr., ‘ $\phi$ ’).

2.- En este caso, ‘ $\phi$ ’ es equivalente al directivo: ‘obedecer al derecho’.

3.- ¿Cómo es obedecido el derecho por los individuos? Cumpliendo con sus *deberes jurídicos*.

4.- Sin embargo, ‘ $\phi$ ’ (*i.e.*, ‘obedecer al derecho’) *no prescribe ninguna conducta que no esté ya requerida por el derecho mismo*.

5.- Por tanto, el deber de obedecer al derecho (‘ $\phi$ ’) es algo *distinto* del conjunto de los deberes que pertenecen al orden jurídico<sup>175</sup>.

¿Qué significa esto? Simplemente, que ‘ $\phi$ ’ representa una obligación meta-sistemática (*i.e.*, fuera del derecho positivo) que, no obstante esta característica, constituye la validez de un orden jurídico y, por tanto, uno de sus rasgos fundamentales. Representa un deber *hacia* el sistema jurídico, no *conforme* al sistema. Y dicha exigencia, por supuesto, se deriva de reglas o principios que están por fuera del derecho positivo.<sup>176</sup>

El concepto de ‘validez’ es utilizado en este sentido por el cuasi-positivismo. Al afirmar que un orden jurídico tiene validez (*i.e.*, que debe ser obedecido), no se dice nada que tenga que ver con la descripción de la realidad jurídica<sup>177</sup>. ‘ $\phi$ ’ constituye un requerimiento ideológico de carácter conservador que de ningún modo tiene por objeto *la descripción del mundo*

---

<sup>175</sup> Cfr., *ibidem*, p. 16.

<sup>176</sup> Cfr., *idem*. En el caso del iusnaturalismo, dichas reglas pertenecen al derecho natural.

<sup>177</sup> Cfr., *ibidem*, p. 17.

empírico, sino la *justificación de sistemas sociales*. Sobre esto hablaré más adelante.

### 3.3.-El 'cuasi-positivismo' kelseniano

#### 3.3.1.-El derecho como 'deber ser'

El dualismo 'ser–deber ser' kelseniano se traduce, en el lenguaje de Ross, en el deslinde 'realidad–validez'. Con base en esto, me atrevo a afirmar que toda crítica rossiana al concepto de 'validez' tiene que ser entendida, al mismo tiempo, como un ataque al concepto de 'deber ser' utilizado por la *Teoría pura del derecho*. Sin embargo, dicha crítica no sólo va dirigida en contra del kelsenismo, sino también (y sobre todo) a las doctrinas tradicionales del derecho y a ciertas especies de realismo jurídico.

Independientemente del hecho de que las doctrinas iusnaturalistas empleen o no los términos 'ser' y 'deber ser', resulta claro para Ross que la interpretación que le han dado al fenómeno jurídico puede ser resumida en las tesis siguientes:

∇1.- El derecho es un sistema de normas *obligatorias* que deriva su validez de ciertos principios *a priori* de justicia.

∇2.- El derecho depende no solo de esos principios, sino que se encuentra vinculado necesariamente con el mundo de los hechos.

La conclusión que se sigue de estas dos premisas es que el derecho pertenece tanto al mundo de los hechos empíricos como al metaempírico de la validez. Esta afirmación es la que caracteriza al dualismo 'realidad–validez' del derecho y es rechazada por el realismo jurídico de Ross<sup>178</sup>. A continuación explico el por qué.

Se sabe desde tiempos antiguos que el objeto de la *epísteme* jurídica es el 'derecho positivo'. Como ya se ha mencionado, la ciencia del derecho es entendida como un 'metalenguaje' respecto del fenómeno jurídico. Pero cabe hacer la siguiente pregunta: ¿el ámbito de denotación de la expresión 'derecho positivo' (como objeto de conocimiento jurídico) se agota o permanece

---

<sup>178</sup> Cfr., Ross, Alf, *Hacia una ciencia realista del derecho*, op. cit., pp. 12 y 15.

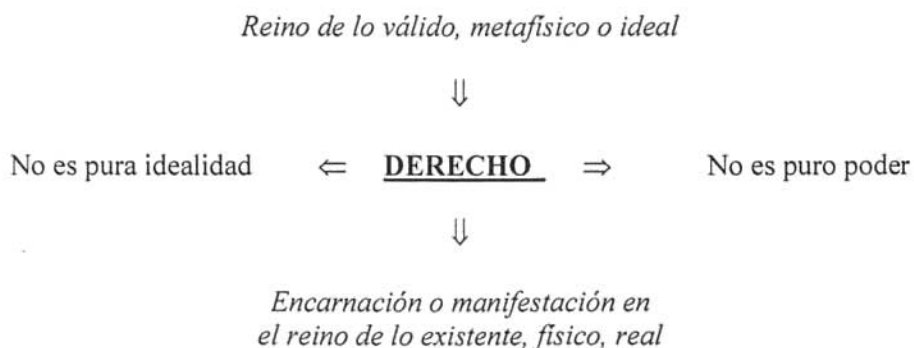
limitado al mundo empírico? Si no es así, ¿cuál es su alcance? ¿Cuáles son los referentes que supuestamente están más allá de la realidad, pero que constituyen parte de la ‘esencia’ de lo jurídico?

En *Hacia una ciencia realista del derecho*, Ross afirma que el derecho positivo tiene las siguientes características:

- 1.- Es establecido históricamente por autoridad competente.
- 2.- Es eficaz<sup>179</sup>.

De esta manera, Ross concluye que *el derecho es un hecho* y, por tanto, que es objeto de conocimiento empírico (y solamente *empírico*). Ahora bien: si el derecho ha quedado determinado como parte de los fenómenos reales y su establecimiento y eficacia como condiciones de su positividad, ¿cuál es, entonces, el problema?

La cuestión es que el derecho, no obstante su positividad y pertenencia al mundo empírico, *no es entendido como un mero concepto que se agote en la realidad*. El derecho, a pesar de ser un objeto que forma parte del universo de lo existente, se presenta como un ente que tiene vinculación necesaria con un más allá, *i.e.*, con una ‘realidad’ *meta-empírica*. La concepción de un mundo de la experiencia aparece como insatisfactoria para dar cuenta de la esencia y existencia del derecho. El concepto tradicional del derecho implica que éste no es solamente *real*, sino también *válido*. Sin embargo, si el derecho no es sólo *empírico* y tampoco es pura idealidad o validez, ¿a qué se refiere, entonces, dicha expresión? La idea de Ross quedará mejor entendida si se presta atención al cuadro siguiente:



<sup>179</sup> Cfr., *ibidem*, p. 25.



Así, el derecho aparece como una manifestación de lo 'válido' en el reino de la *empiria*. De este modo, se distingue de cualquier modelo ideal de la conducta humana y de todo régimen de gángster. Esta concepción es caracterizada por Ross como 'metafísica espiritualista'<sup>180</sup>.

El presupuesto que subyace a dicha concepción es la afirmación de que existen ciertos 'elementos' en el mundo empírico que representan una encarnación de lo metafísico en el universo fáctico. Dicha manifestación se da a través de los fenómenos reales y, gracias a ella, es posible deslindar los órdenes sociales que pueden clasificarse como 'jurídicos' de los que no lo son.

Cabe hacer una aclaración. La doctrina del derecho natural (de la manera en que es entendida por Ross) no implica el dualismo 'derecho natural-derecho positivo'. El derecho es una manifestación empírica de la validez existente en el reino ideal. De esta manera, *derecho natural y derecho positivo no son conceptos coordinados, sino que se integran en uno solo a través de un proceso metafísico que se manifiesta en una encarnación empírica de la validez existente en un mundo diverso al real*. Según Ross, las categorías jurídicas son clasificadas como pertenecientes al denominado 'conocimiento práctico', con la peculiaridad de que no se reducen a un paradigma ideal, sino que además se amalgaman con categorías empíricas<sup>181</sup>. A la larga, esta cosmovisión lleva a la contradictoria idea, implícita en toda forma de conocimiento práctico, de que un directivo puede tener las cualidades semánticas de verdad o falsedad. De esta manera, una expresión del tipo 'd (T)' (*i.e.*, un directivo o juicio de deber ser) no se agotaría en su pretensión de influir en la conducta humana. Su función sería, al mismo tiempo, el de una aserción o juicio de ser (' $\alpha$ '): *la descripción de un determinado estado de cosas*. Así, las funciones directiva e informativa se fusionarían para dar lugar a un tipo de expresión que simultáneamente es conocimiento y exigencia, esto es:

$$D \equiv \alpha + 'd (T)'$$

---

<sup>180</sup> Cfr., *ibídem*, p. 26.

<sup>181</sup> Cfr., *ídem*.

Y como la referencia a la realidad es un componente significativo de las expresiones del tipo 'i (T)' + *fi* (i.e., enunciados 'α'), *cualquier tipo de directivos* (y en especial los que integran al derecho) *serían 'verdaderos' o 'falsos' y, por consiguiente, representarían descripciones del mundo empírico*. Esta confusión es característica de las patéticas concepciones (muy comunes y aceptadas, por cierto) que afirman la equivalencia de las expresiones 'derecho' y 'ciencia del derecho'.

La concepción realista de Ross evita el dualismo y sus implicaciones. Nuestro autor afirma categóricamente que *realidad y validez no son categorías coordinadas lógicamente*. La validez no es una categoría que tenga un referente empírico; por tanto, no constituye algo *objetivo* o *concebible*. No existe nada en la realidad jurídica que pueda denotarse con dicha expresión. Para decirlo en otras palabras: el concepto de 'validez' *no tiene nada que ver con la descripción del mundo*. No obstante lo anterior, el concepto tradicional del derecho representa una íntima fusión de nociones de validez con manifestaciones de realidad empírica<sup>182</sup>.

Como ya se ha comentado en el capítulo anterior, la 'teoría de los dos mundos' (i.e., el dualismo 'ser-deber ser', 'realidad-validez') no es válida en el ámbito científico. Sólo hay *un mundo* y *un conocimiento*. Si se ha concluido que la ciencia empírica se compone sólo de proposiciones fácticas ('α'), *la referencia a todo concepto de validez (ya sea como idea material a priori de justicia o como categoría formal), no pertenece al campo del conocimiento racional*<sup>183</sup>.

Ross supera el dualismo característico de las doctrinas jurídicas a través de su teoría del derecho vigente, como ha quedado explicado. No hay concepciones de validez de ningún tipo, sino únicamente vivencias de validez conceptualmente racionalizadas. El problema ha sido que dichas vivencias se han entendido referidas a *algo objetivo*. Y así como el concepto de derecho aparece como la representación de un complejo de normas efectivas, su vivencia (en el sentido de obligatoriedad social) se transforma en un referente pseudo-objetivo denominado 'validez' o 'deber ser', que sólo tiene significación en el mundo quimérico de las racionalizaciones<sup>184</sup>. Se ha pensado que dicho referente es algo *concebible* y *que puede ser captado por*

---

<sup>182</sup> Cfr., *ibidem*, p. 17.

<sup>183</sup> *Vid. supra*, p. 30.

<sup>184</sup> Cfr., Ross, Alf, *Hacia una ciencia realista del derecho*, op. cit., p. 22.

*el conocimiento racional*. Así, las ideas de obligación y de derecho natural son caracterizadas como meta-empíricas, *i.e.*, en contraste con el mundo real. ¿Resultado? Un conjunto de doctrinas jurídicas que explican al derecho como un fenómeno empírico existente en el tiempo y el espacio, pero que al mismo tiempo es válido, *i.e.*, obliga, compromete, establece derechos y deberes.

Sin embargo, entendido correctamente, el dualismo simplemente expresa la acción recíproca entre dos elementos existentes en la realidad jurídica. Cabe recordar que una norma es un directivo que corresponde a ciertos hechos sociales:

$$n \equiv D + [hs \rightarrow (E \wedge O)]$$

Un directivo constituye una norma si es seguido de manera general por ciertos miembros de la sociedad (E) y, además, es sentido por ellos como socialmente obligatorio (O)<sup>185</sup>. Este último aspecto es el que debe entenderse correctamente para no caer en la pseudo-objetividad del concepto de validez. E y O simbolizan elementos diferentes y *reales* de la experiencia jurídica. Superar el dualismo no consiste en elegir uno de sus componentes, sino reinterpretarlos de tal manera que ambos constituyan porciones de la realidad jurídica empírica<sup>186</sup>.

Este paso realizado por el realismo jurídico de Ross resulta extraño a la mayoría de las concepciones tradicionales acerca del derecho. Por tanto, se puede afirmar que las teorías jurídicas se han sostenido en el dualismo ‘ser-deber ser’, ‘derecho real-derecho válido’. El fenómeno jurídico es la *revelación de una validez supra-empírica en el reino de la realidad*<sup>187</sup>.

Partiendo del deslinde ‘ser-deber ser’, las teorías del derecho se clasifican del modo siguiente:

- A.- Aquellas que manifiestan la identidad entre ‘ser’ y ‘deber ser’.
- B.- Las que expresan una disparidad entre ‘ser’ y ‘deber ser’:
  - 1.-El derecho como *ser*
  - 2.-El derecho como *significación o sentido*
  - 3.-El derecho como *deber ser*

---

<sup>185</sup> *Vid. supra*, p. 36.

<sup>186</sup> *Vid. supra*, p. 30.

<sup>187</sup> *Cfr.*, Ross, Alf, *Hacia una ciencia realista del derecho*, op. cit., p. 39.

Las teorías que admiten la concepción 'A' expresan de manera directa y abierta el dualismo metafísico. Las contenidas en 'B' lo hacen indirecta e implícitamente<sup>188</sup>. A continuación, explicaré única y exclusivamente las críticas de Ross a la vertiente que entiende al fenómeno jurídico como deber ser, *i.e.*, la teoría kelseniana.

La *Teoría pura del derecho* de Kelsen (la máxima contribución individual a la filosofía del derecho del siglo XX en palabras del mismo Ross) constituye una especie de las escuelas monistas de filosofía del derecho. Éstas se caracterizan por el hecho de visualizar la imposibilidad de explicar la experiencia jurídica como realidad y validez al mismo tiempo. Por ser escuelas críticas, pretenden explicar al derecho como un 'ser' o como un 'deber ser', pero no ambos. El fenómeno jurídico es, o sólo realidad, o únicamente validez. La teoría kelseniana elige el segundo de dichos elementos. Así pues, para Kelsen el derecho es *pura validez* o 'deber ser'.

Lo que Ross denomina 'factores genéticos' de la *Teoría pura* se clasifican así:

1.-La idea positivista de que existe una dogmática jurídica diferente a una teoría social.

2.-El punto de vista tradicional que ve en el derecho un sistema de reglas vinculatorias, obligatorias, válidas.

3.-El deslinde 'ser-deber ser'.

4.-La pretensión de ser científicamente coherente, sin importar la armonía de los resultados con nociones tradicionales<sup>189</sup>.

Los factores primero, tercero y cuarto conducen a Kelsen a rechazar las teorías dualistas que ven en el derecho una mezcla de realidad y validez. Si las categorías jurídicas no pueden expresar referentes reales y válidos al mismo tiempo, las alternativas del líder de la escuela vienesa quedan reducidas así: *el fenómeno jurídico es ser o deber ser; una realidad social o una validez normativa*. Obviamente, Kelsen concluye que el derecho es única y absolutamente un 'deber ser'. Los conceptos jurídicos, por tanto, aparecen como representaciones distintas y opuestas a las categorías propias de la

---

<sup>188</sup> *Ibidem*, p. 40.

<sup>189</sup> *Cfr.*, *ibidem*, pp. 46 y 47.

realidad social:

DERECHO ( $\delta$ )       $\equiv$       ‘*deber ser*’



El conocimiento jurídico (C $\delta$ ) se distingue  
de una teoría social

En todo caso, la ciencia del derecho no aceptaría dentro de su universo de categorías aquellas que hicieran referencia a fenómenos *reales* en virtud que el concepto de ‘realidad’ (o mundo de los hechos) es ajeno a la explicación del reino de la validez o deber ser. De ahí la diferencia kelseniana entre las funciones de la ciencia del derecho, por una lado, y de la sociología, por el otro.

Ahora bien, ¿cómo entiende Ross el ‘deber ser’ kelseniano? ‘Deber ser’ es una *forma a priori pura*, pero vacía, que deriva su contenido de la realidad cultural de cualquier época (Windelband)<sup>190</sup>. Explicaré esta concepción con mayor detenimiento.

El ‘deber ser’ constituye un modo abstracto y vacío del pensamiento (*i.e.*, es una ‘forma categorial’). Esto implica entenderlo como una condición a través de la cual el conocimiento científico del derecho es posible. Dicha categoría, al ser vacía en sí misma, se adapta al material empírico (*i.e.*, social) dado en cualquier época histórica. ¿Qué significa esto? Que contrario a lo que podría pensarse, el concepto ‘deber ser’ no es equivalente a una validez absoluta o racional a priori. En otras palabras: la categoría es *forma* y no contenido. Esta es una razón por virtud de la cual Kelsen aparece, *prima facie*, como un positivista<sup>191</sup>.

En primer lugar, el fenómeno jurídico no es derecho natural, *i.e.*, no tiene nada que ver con una validez racional o idea absoluta a priori. Esto es lo que distingue, según Ross, al concepto de ‘deber ser’ de Kelsen respecto de aquel utilizado por Kant<sup>192</sup>. El ‘deber ser’ no es equivalente a un material ideológico

---

<sup>190</sup> Cfr., *ídem*.

<sup>191</sup> Cfr., *ibídem*, pp. 46 y 48.

<sup>192</sup> Explica Ross que para el filósofo de Königsberg, la categoría ‘deber ser’ constituye una representación de un reino o esfera de validez práctica que se distingue de manera

absoluto; la realidad social de cada época será la encargada de suministrar dicho contenido al derecho. En segundo lugar, la experiencia jurídica no es realidad social. Estas ideas implican que la ciencia jurídica (Cδ) no tiene nada que ver con la descripción de un derecho natural ni con la reflexión sobre el mundo de los hechos sociales, esto es:

**Conocimiento jurídico (Cδ) ≠**

 Doctrina iusnaturalista  
 Ética  
 Sociología

De ahí que todo el sistema de la *Teoría pura* descansa sobre la formalización del concepto de ‘deber ser’. Esta concepción alcanza su máximo esplendor en la idea de ‘norma fundamental’ (Nf). Así, la categoría ‘deber ser’ se constituye en un modelo o armazón formal que es *referido* a la realidad social, otorgándole fuerza válida. La Nf permite distinguir entre un orden jurídico válido y un *régimen de gángster*. De esta manera, el derecho desde la perspectiva kelseniana combina la concepción tradicional de validez (‘el fenómeno jurídico es un orden válido u obligatorio’), pero lo separa de toda predeterminación absoluta de contenido. El aspecto material del derecho, al hacer referencia necesariamente a la realidad social, se encuentra así *empíricamente condicionado*<sup>193</sup>.

Cabe ahora preguntar: *¿es posible dicha formalización del concepto de ‘deber ser’ de acuerdo a la teoría de Ross?* La idea de Kelsen puede ser representada así:

	‘x’ ←	
<b><u>DEBER SER</u></b>		<b><u>CONTENIDO</u></b>
(Forma categorial)	‘y’ ←	Empíricamente
		(i.e., históricamente)
	‘z’ ←	condicionado

---

absoluta del mundo de los hechos y cuyo contenido se encuentra predeterminado precisamente por la *epísteme* práctica. Cfr., ibídem, p. 48.

<sup>193</sup> Cfr., ibídem, pp. 48 y 49.

Si el deslinde ‘ser-deber ser’ significa la disparidad absoluta entre el mundo de los hechos y el reino de la validez, se entiende que no puede haber ninguna conexión, contacto o similitud entre dichos ámbitos. Sin embargo, ¿éste es el dualismo que necesita Kelsen para fundamentar su doctrina pura? De ninguna manera. La teoría kelseniana requiere una categoría (el ‘deber ser’) que haga posible la *interpretación jurídica de la realidad social*. Esto implica que ambos sistemas tienen que ser *comparables*. Por consiguiente, si se admite con Ross que forma y contenido constituyen abstracciones que representan elementos no-independientes de la materia, y si se afirma que ser y deber ser son absolutamente diferentes, tanto el reino de los hechos empíricos como el de la validez tendrían que constituir esferas con contenido distinto. El intento de Kelsen de aprehender un cierto contenido empírico a través de una forma categorial que otorgue a la realidad social una ‘validez’, es considerado por Ross como incomprensible desde la perspectiva racional: *se trata de una cruz imposible entre forma y contenido*<sup>194</sup>.

La conclusión a la que llega Ross es que la *Teoría pura*, al pretender explicar la naturaleza del derecho mediante la combinación analítica de realidad y validez, fracasa. Sólo a través de la metafísica hegeliana (particularmente la idea de *síntesis dialéctica*), se podría fundamentar la concepción kelseniana. De ahí que la doctrina jurídica pura implique, de la misma manera que las teorías tradicionales, la concepción de que el derecho es *una revelación metafísica de lo que es válido en el mundo de la realidad*<sup>195</sup>.

### 3.3.2.-El concepto de ‘validez’ en Kelsen

Existe cierta confusión respecto al uso de la expresión ‘validez’ en Ross. Cabe aclarar que la utilización de dicho término es criticada por nuestro autor, pero únicamente cuando se emplea en el sentido del derecho natural o del cuasi-positivismo. De acuerdo al neoempirismo de Ross, si ‘validez’ es entendida como la realidad de un orden jurídico (*i.e.*, su ‘existencia’), la palabra tiene que referirse necesariamente a hechos sociales. En la traducción española de *Sobre el derecho y la justicia* aparece ‘vigencia’ en lugar de ‘validez’. Con esto se pretende decir que cuando se utiliza ‘validez’ para referirse a la existencia de un directivo o de un orden jurídico, Ross emplea el

---

<sup>194</sup> Cfr., *ibídem*, p. 51.

<sup>195</sup> Cfr., *idem*.

término en el sentido de ‘vigencia’, tal como se ha explicado en el capítulo segundo de la presente tesis. La idea se representa de la siguiente forma:

‘Validez’ ≡ vigencia o existencia de un *D*

Si la expresión es entendida de este modo, resulta necesario su deslinde de la significación iusnaturalista y cuasi-positivista. En otras palabras: si ‘validez’ se refiere a la vigencia o existencia de un directivo, el uso del término no tiene nada que ver con un requerimiento de *obedecer al derecho*. Así, ‘validez’ no es equivalente a ‘fuerza obligatoria’. La concepción filosófica neoempirista exige que los conceptos empleados tengan como función la descripción de la realidad. Como ya se ha comentado, la ‘validez’ como un ‘deber ser’ (*i.e.*, lo que Ross denomina ‘validez en sentido normativo’) *nada tiene que decir en el universo del conocimiento*. En todo caso, se trata de una ideología cuyo propósito consiste en justificar y reforzar el orden estatal. En el caso del iusnaturalismo, el sostén de dicha justificación se encuentra condicionado por la armonía respecto de los *standards* presupuestos en el *ius naturale*. La exigencia es incondicional tratándose del cuasi-positivismo<sup>196</sup>.

La *Teoría pura del derecho* de Kelsen constituye, para Ross, una continuación del pensamiento cuasi-positivista<sup>197</sup>. Desarrollaré la idea en los puntos siguientes:

- 1.-El modelo kelseniano de ciencia jurídica como *conocimiento en términos normativos*.
- 2.-La pregunta *¿por qué obedecer al derecho?*
- 3.-La *Nf* como expresión de un idealismo jurídico.

De este modo, pretendo contestar a la pregunta *¿por qué Kelsen es un cuasi-positivista?* Es necesario aclarar que la respuesta que daré a la cuestión se basa única y exclusivamente en el pensamiento de Ross. Mi concepción crítica a la perspectiva de Ross la dejaré pendiente para el último capítulo de la presente tesis.

---

<sup>196</sup> Cfr., Ross, Alf, “El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural”, en *El concepto de validez y otros ensayos*, op. cit., p. 24.

<sup>197</sup> Cfr., *idem*.





las diferentes concepciones de nuestros autores respecto a las unidades que conforman a la ciencia jurídica, póngase atención en el cuadro siguiente:

---

‘Enunciados  $\alpha$ ’ en Hans Kelsen



‘Si  $\phi$  es, entonces *debe ser*  $\psi$ ’

- 1.-Son juicios de ‘deber ser’
- 2.-Tienen una estructura condicional
- 3.-Son verdaderos o falsos
- 4.-El ‘deber ser’ que los integra tiene un carácter *descriptivo*<sup>199</sup>

---

‘Enunciados  $\alpha$ ’ en Alf Ross



‘ $i(T)$ ’ +  $f_i$   
(‘ $D$  es derecho vigente en  $X$ ’)

- 1.-Son juicios de ‘ser’
- 2.-Tienen una función informativa
- 3.-Son verdaderos o falsos
- 4.-Se refieren a la realidad<sup>200</sup>

---

Kelsen distingue la norma jurídica del enunciado  $\alpha$  afirmando que el primero es ‘prescriptivo’ y el segundo ‘descriptivo’. No obstante, ambos expresan un ‘deber ser’. Esto es lo que lleva a Ross a afirmar que el deslinde entre ‘derecho’ y ‘ciencia del derecho’ en la doctrina kelseniana *no puede sostenerse*. ¿Cómo se explica esto?

En primer lugar, afirmar que una proposición es descriptiva significa entenderla como un *juicio de ser*. Los predicados de verdad y falsedad únicamente tienen sentido si se trata de enunciados que se refieren a la realidad y no a otra cosa. No obstante esto, un enunciado  $\alpha$  para Kelsen no tiene como función la descripción de realidad alguna, sino que se trata de un *juicio de lo que debe ser*. De ahí su forma ‘Si  $\phi$  es, entonces debe ser  $\psi$ ’. De esta manera, las normas jurídicas que integran al derecho y las proposiciones del conocimiento jurídico, al tener la misma estructura condicional, *no son lógicamente distinguibles*. Kelsen, al no admitir en la descripción del derecho

---

<sup>199</sup> Vid. *supra*, pp. 12 y 15.

<sup>200</sup> Vid. *supra*, pp. 32 y 35.

ninguna clase de enunciados fácticos, no puede fundamentar la distinción entre norma y proposición<sup>201</sup>.

En segundo lugar, si norma y enunciado  $\alpha$  no se distinguen, cabe entenderlos a ambos como *directivos*. Una proposición jurídica sería un requerimiento de conducta que al mismo tiempo puede ser verdadero o falso. De ahí que aparentemente se presente como dirigida a *algo objetivo*. ¿Coincidencia con los presupuestos básicos del conocimiento práctico? Ross parece entenderlo así. La *Teoría pura del derecho*, de doctrina del positivismo jurídico, se transforma repentinamente en una especie de *absolutismo ético*<sup>202</sup>. ‘Derecho’ y ‘ciencia del derecho’ no se distinguen. Los enunciados  $\alpha$  kelsenianos son en el fondo directivos que pretenden ser verdaderos:

[L]a idea de una norma verdadera o de un deber objetivo es exactamente la idea con la cual opera la filosofía del derecho natural, una idea que solo posee significado si se aceptan los principios morales objetivos, apriorísticos, de los cuales se derivan los verdaderos deberes.<sup>203</sup>

¿Cómo es posible que un autor como Kelsen haya fundamentado su doctrina en los presupuestos del conocimiento práctico? Quizá no sea ocioso recordar que el líder de la escuela vienesa combatió toda su vida la posibilidad de una ‘razón práctica’. Igualmente, luchó contra todas las construcciones ideológicas que intentaran presentar una exigencia como equivalente a una *epísteme* (i.e., las teorías del derecho natural). ¿Cómo explicar, entonces, sus conclusiones? En realidad, el problema gira en torno al uso de la expresión ‘validez’ en el sistema de la *Teoría pura*. La ‘validez’ en el sentido cuasipositivista de la palabra parece encontrar su paradigma en la doctrina kelseniana. Es más: la utilización de la expresión es lo que caracteriza a Kelsen, precisamente, como un cuasipositivista. La respuesta al problema que nos habíamos planteado es la siguiente: *Kelsen es un cuasipositivista porque utiliza la expresión ‘validez’ en el mismo sentido en que es empleada por las perspectivas cuasipositivistas*. Al usar el lenguaje del cuasipositivismo, se convierte él mismo en exponente de dicha doctrina. A continuación explicaré esta cuestión.

---

<sup>201</sup> Cfr., Ross, Alf, “Nota al libro de Kelsen ‘¿Qué es la justicia?’”, en *El concepto de validez y otros ensayos*, op. cit., p. 35.

<sup>202</sup> Cfr., ibídem, p. 37.

<sup>203</sup> Ross, Alf, “El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural”, en *El concepto de validez y otros ensayos*, op. cit., p. 25.



4.-Si los directivos no son verdaderos ni falsos, el requerimiento 'los individuos deben comportarse como la norma establece' no es empíricamente verificable. Por tanto, no es ni puede tratarse de un enunciado  $\alpha$ . Por otro lado, tampoco es una norma jurídica. ¿Qué significa decir que el derecho tiene 'validez'? *Que tenemos el deber moral absoluto de obedecerlo:*

[L]a idea de un deber de obedecer el derecho (de cumplir con las obligaciones jurídicas) solo tiene sentido si suponemos que el deber aludido es un verdadero deber moral que corresponde a la "fuerza obligatoria" inherente al derecho. A pesar de que esta interpretación no armoniza con el confesado programa empirista de la teoría pura del derecho, ella es inevitable y debemos tomarla como una supervivencia de la filosofía del derecho natural de tipo cuasipositivista<sup>205</sup>.

En lo que respecta a la pregunta kelseniana '¿por qué obedecer al derecho?', la crítica de Ross no es de sorprender. Está de acuerdo con todo su sistema filosófico. Desde el punto de vista del neoempirismo, la cuestión carece de sentido. En primer lugar, el planteamiento del problema da por sentado el presupuesto de que es posible afirmar de manera *objetiva* que el derecho debe ser obedecido. Esto significa que puede formularse una aserción de la forma 'debe obedecerse el derecho' y que la misma puede ser verdadera o falsa; por tanto, se entiende que es referida a una realidad o a un *estado de cosas*. Tal conclusión es absurda, como ya se ha explicado. Es una contradicción lógica atribuir los predicados 'verdadero' o 'falso' a un directivo<sup>206</sup>. En segundo lugar, la cuestión pretende dar solución a uno de los requerimientos que aparecen como fundamentales en la *Teoría pura*: la respuesta a la pregunta *¿cuál es la razón de validez de un orden jurídico?* Hay una relación de equivalencia entre este interrogante y el anterior, *i.e.*:

¿Cuál es la razón de validez del derecho?       $\equiv$       ¿Por qué obedecer al derecho?

La presuposición de la norma fundamental (Nf) pretende dar respuesta al problema planteado. La referencia a la realidad social ('eficacia' en los términos de Kelsen) constituye así sólo una condición de la existencia del

<sup>205</sup> Ross, Alf, "El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural", en *El concepto de validez y otros ensayos*, op. cit., p. 25.

<sup>206</sup> Cfr., Ross, Alf, "Nota al libro de Kelsen '¿Qué es la justicia?'", en *El concepto de validez y otros ensayos*, op. cit., p. 39.

derecho, pero no se identifica con la misma. La 'validez' de los materiales jurídicos que integran el sistema escalonado de creación no se deriva de un hecho, sino de una norma superior: la *Nf*.

Sin embargo, ¿cuál es la naturaleza de dicha norma? Desde el punto de vista de la dinámica jurídica, la *Nf* cumple la misma función que el concepto de 'deber ser'. Se trata de una *forma categorial* que permite aprehender el material jurídico empírico. A la larga, el concepto implica sostener la tesis de que el derecho posee validez a título propio, independiente de su armonía con postulados éticos y cuyo contenido se encuentra, además, históricamente condicionado. En el apartado anterior se ha hecho la crítica rossiana a esta concepción.

En las reflexiones en torno a la doctrina kelseniana, se ha convertido en un lugar común transcribir ciertas palabras de Kelsen que, *prima facie*, aparecen como la admisión de un fracaso dentro del sistema de la *Teoría pura*. Ross, en su *Lógica de las normas*, cita los siguientes comentarios del autor vienés:

En obras anteriores he hablado de normas que no son el contenido significativo de un acto de volición. En mi doctrina, la norma básica fue siempre concebida como una norma que no era el contenido significativo de un acto de volición sino que estaba presupuesta por nuestro pensamiento. Debo ahora confesar que no puedo seguir manteniendo esta doctrina, que tengo que abandonarla. Pueden creerme, no ha sido fácil renunciar a una doctrina que he defendido durante décadas. La he abandonado al comprobar que una norma debe ser el correlato de una voluntad. Mi norma básica es una norma *ficticia* basada en un acto de voluntad *ficticio*... En la norma básica se concibe un acto de volición ficticio que realmente no existe.<sup>207</sup>

Si las ficciones no forman parte de la descripción racional del mundo empírico y, por tanto, no tienen ninguna correspondencia con la realidad, la conclusión de Ross es determinante: *tiene que abandonarse el concepto de Nf como categoría jurídica*<sup>208</sup>. La expresión '*Nf*' (al igual que 'validez' o 'deber ser') *no forma parte de la descripción de un orden jurídico*. Se trata, simplemente, de 'reminiscencias iusnaturalistas no superadas'. Su función es reforzar el orden estatal establecido; esto se logra ocultando dicha pretensión bajo el disfraz de referentes que supuestamente son *objetivos* y que permiten distinguir órdenes jurídicos de *regímenes de gángster*.

<sup>207</sup> Ross, Alf, *Lógica de las normas*, op. cit., p. 147.

<sup>208</sup> Cfr., idem.

Si, según el realismo de Ross, la existencia del derecho positivo consiste en su eficacia, los términos 'validez' (en el sentido iunaturalista), 'deber ser' y 'Nf', como categorías formales, son *superfluos*<sup>209</sup>. No explican nada. En todo caso, cumplen la función que exige la interpretación metafísica de entender el derecho como una realidad supra-empírica en el mundo fáctico y el requerimiento cuasi-positivista de *objetivar* la exigencia representada en la fórmula 'los individuos deben comportarse como el derecho establece'. Esto implicaría entender dicho directivo como un deber *verdadero, auténtico, objetivo, real*. Así, la *Teoría pura del derecho* es presentada como un idealismo jurídico cuasi-positivista en oposición a la teoría realista del derecho sostenida por el filósofo escandinavo.

---

<sup>209</sup> Cfr., Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, op. cit., p. 98. La Nf expresa la imposibilidad de determinar la naturaleza del derecho positivo prescindiendo de la realidad psicológica y social. Cfr., ídem.

## CAPÍTULO 4

### CRÍTICA A LA CONCEPCIÓN DE ROSS EN TORNO AL 'CUASI-POSITIVISMO' KELSENIANO

**SUMARIO:** 4.1. La confusión respecto al concepto de 'deber ser' kelseniano. 4.1.1. *La categoría de imputación (su reformulación)*. 4.1.2. *'Deber ser' y funciones normativas*. 4.2. ¿Por qué obedecer al derecho? La discusión epistemológica. 4.2.1. *Realidad jurídica: nomoestática y nomodinámica*. 4.2.2. *La Nf como categoría trascendental*. 4.3. La incompatibilidad del kelsenismo con el 'cuasi-positivismo' jurídico.

#### 4.1.-La confusión respecto al concepto de 'deber ser' kelseniano

##### 4.1.1.-*La categoría de imputación (su reformulación)*

No resulta extraño para nadie que el concepto de 'deber ser' en la *Teoría pura del derecho* es bastante complejo. ¿Representa una categoría? ¿Constituye una prescripción? ¿Es equivalente a la expresión 'norma'? ¿Denota la totalidad de la experiencia jurídica? ¿Es una descripción? ¿Es un enunciado 'α'? ¿Es equivalente a 'deber jurídico'? ¿Es un requerimiento moral? ¿Representa una exigencia meta-sistemática de obedecer al derecho? ¿Denota un mundo que se encuentra más allá de la realidad empírica? ¿Es una entidad metafísica igual de prestigiosa que el 'ser'?

Esta complejidad del concepto ha llevado, desgraciadamente, a grandes confusiones y malos entendidos. Uno de ellos ha sido, sin duda, la calificación de 'cuasi-positivista' que Ross atribuye a la doctrina kelseniana. En este apartado intentaré hacer una reformulación de la idea de 'deber ser' con el objeto de precisar su significado y verdadero papel en la construcción de la experiencia jurídica, pretendiendo dejar claro que la utilización del término nada tiene que ver con el 'absolutismo ético' señalado por el filósofo escandinavo, ni con un requerimiento moral de obediencia jurídica.

En primer lugar, póngase atención al interrogante de Kelsen respecto a la legalidad propia del objeto de la *epísteme* jurídica: *¿cuál es la modalidad específica que corresponde a los fenómenos jurídicos y que distingue a éstos*



de los fenómenos propios de la naturaleza? En otras palabras: ¿en qué son diferentes la sociedad y la naturaleza? ¿Cómo se distinguen las ciencias naturales de las ciencias sociales? Estos problemas representan un lugar común a lo largo de la elaboración de toda la teoría kelseniana. Recordemos que Kelsen no se pregunta si dichas ciencias son posibles. *Presupone que lo son*. De igual manera, no cuestiona la existencia de una ‘experiencia’ (sea esta natural o social) como objeto de conocimiento. El *factum* del que se hablaba en el primer capítulo, al comentar la versión regresiva del argumento trascendental, permite plantear el problema no en el sentido de ‘¿es posible la experiencia?’, sino del siguiente modo: *¿cómo es posible la experiencia?*

En segundo lugar, las expresiones ‘ser’ y ‘deber ser’, las cuales constituyen las dos vertientes del tan conocido dualismo del que parte la teoría de Kelsen, se han entendido de manera incorrecta. Dichos conceptos, más que referirse a mundos distintos y separados (o a entidades o espectros metafísicos que tienen como referentes a ámbitos que no siempre son entendidos como reales), constituyen, simplemente, categorías (o *formas categoriales*), las cuales expresan una conexión específica de elementos. El creador de la *Teoría pura del derecho* entendió que, para la descripción de la experiencia, se presuponen ciertas categorías (como tipos de *interrelación funcional*) que hacen posible la interpretación de la materia sensorial<sup>210</sup>. ‘Ser’ y ‘deber ser’ no expresan otra cosa que el sentido específico en el que se conectan ciertos hechos constituyendo, de esta manera, *fenómenos* (i.e., objetos de conocimiento).

Para explicitar la relación que se da entre determinados hechos en los enunciados  $\alpha$  del conocimiento científico, Kelsen utiliza los términos ‘causalidad’ e ‘imputación’, atribuyéndoles la función de *principios ordenadores*. La ordenación a que se refieren los mismos tiene que ser entendida en el sentido del neokantismo (i.e., epistemológicamente) y no de otro modo. Con respecto a esto, deseo que quede claro lo siguiente:

1.-Los principios *explicitan* la conexión específica entre dos hechos, tal y como se expresa en los enunciados  $\alpha$ . Para explicitar dicha conexión, se utilizan las expresiones ‘ser’ (tratándose de las ciencias de la naturaleza) y ‘deber ser’ (en lo que respecta a la *epísteme* social). Así, ‘ser’ y ‘deber ser’ no son más que términos que representan una *conexión o relación específica* de hechos, como ya se ha comentado.

---

<sup>210</sup> Cfr., Kelsen, Hans, *Teoría general de las normas*, op. cit., p. 41.

¿Cómo se relacionan los acontecimientos en el conocimiento científico?  
Si un enunciado de la ciencia natural es formulado así:

$$\phi \rightarrow \psi^{211},$$

el símbolo ‘ $\rightarrow$ ’ representa la conexión de hechos explicitada por el principio de causalidad. De esta manera, ‘ $\rightarrow$ ’ únicamente simboliza el ‘ser’ o ‘relación causal’ que expresa el vínculo específico descrito por el enunciado  $\alpha$ . No es un mundo o un ente místico creador del universo. Tampoco es una cosa ni mucho menos el conjunto de todo lo existente. Humildemente, ‘ $\rightarrow$ ’ constituye una forma categorial que *hace posible* la ordenación constitutiva de la experiencia natural.

Por otro lado, si el enunciado jurídico es formulado en los términos siguientes:

$$\phi \text{ —}ds\text{—} \rightarrow \psi',$$

el símbolo ‘ $\text{—}ds\text{—} \rightarrow$ ’ representa la relación específica entre acto ilícito y sanción, como ya se ha comentado en el primer capítulo del presente trabajo. Así, ‘ $\text{—}ds\text{—} \rightarrow$ ’ no es ningún mundo más allá de la experiencia ni lo opuesto a la realidad. Tampoco representa la tendencia a un mundo mejor ni una legalidad supra-humana. Simple y sencillamente, simboliza el ‘deber ser’ o ‘relación de imputación’, *i.e.*, la forma categorial que *hace posible* la ordenación constitutiva de la experiencia cultural.

2.-Los principios son aplicados a través de los enunciados  $\alpha$ ; sin embargo, una proposición científica ( $\alpha$ ) no es un ‘ser’ o un ‘deber ser’, sino que *describe un ser o un deber ser* a través de la aplicación del principio ordenador. Por consiguiente, ‘un ser’ se entiende equivalente a un fenómeno natural; ‘un deber ser’, a un fenómeno jurídico.

---

<sup>211</sup> Utilizo una simbología similar a la de Rolando Tamayo. *Cfr.*, *Sobre el sistema jurídico y su creación*, op. cit., pp. 22-23.

Surge el problema siguiente: ¿cuál es la naturaleza del ‘ser’ y ‘deber ser’ desde el punto de vista epistemológico? En lo personal, me inclino a nombrar dichas expresiones con el rótulo de *categorías lógico-trascendentales*. Para no incurrir en malos entendidos, por ‘categoría lógico-trascendental’ designo *toda condición que hace posible la experiencia*. Así, el ‘ser’ (la ‘relación causal’ o, simplemente, ‘causalidad’) constituye la condición de posibilidad de la ciencia natural, y el ‘deber ser’ (la ‘relación de imputación’ o, sencillamente, ‘imputación’), la condición de posibilidad de la ciencia cultural.

La imputación (o ‘deber ser’) es la condición de posibilidad del conocimiento normativo en general y del jurídico en particular. Ahora bien, sobre la ambigüedad del concepto de ‘deber ser’ hay que hacer ciertas precisiones. *Prima facie*, parece que nos enfrentamos a dos tipos de ‘deber ser’. Por un lado, al ‘deber ser’ como categoría; por el otro, al ‘deber ser’ de la norma jurídica. Esta cuestión, a mi modo de ver, se explica perfectamente con la noción de ‘creación epistemológica’ neokantiana.

Kelsen, al igual que los neokantianos, niega la concepción del realismo ingenuo. La experiencia no constituye un absoluto *en sí*, un *cosmos* ordenado y anterior al conocimiento científico. La ciencia no es un espejo que sólo refleje una realidad previa (*i.e.*, un mundo independiente de los enunciados  $\alpha$ ). La ‘cosa en sí’ es inaccesible a la ciencia:

El relativismo filosófico –como empirismo antimetafísico que es– insiste en la imposibilidad de entender lo absoluto por ser inaccesible a la experiencia humana. (...) La hipótesis del absolutismo filosófico según la cual hay una existencia absoluta independiente del conocimiento humano lleva a asumir que el conocimiento sólo tiene por función reflejar, como si fuera un espejo, los objetos que ya existen por sí mismos; en cambio, la epistemología relativista, en su expresión más consistente representada por Kant, interpreta que el proceso de conocimiento crea su objeto. Este punto de vista implica que el sujeto que conoce es –epistemológicamente– el creador de su propio mundo, un mundo construido por el conocimiento y delimitado por él.<sup>212</sup>

Es necesario tener siempre presente que Kelsen se pregunta ‘¿cómo es posible la experiencia jurídica?’ y no si la misma es posible. *Presupone que lo es*. Los enunciados de la ciencia del derecho representan un *factum*. El

---

<sup>212</sup> Kelsen, Hans, “Absolutismo y relativismo en filosofía y en política”, en *¿Qué es justicia?*, op. cit., p. 115.

problema es saber *cuáles* son esas condiciones que hacen posible hacer enunciados  $\alpha$  en torno al derecho.

El concepto neokantiano de ‘creación epistemológica’ tiene que ser entendido en el sentido de *determinación de la experiencia*. La ciencia no se queda con el *caos* de percepciones sensibles. La misma idea de ‘concepto’ o ‘enunciado’ implica una elaboración cognoscitiva, no sensorial. Así, el conocimiento científico no refleja ninguna realidad absoluta ni predispuesta, sino que comienza con una ‘x’, *i.e.*, un *planteamiento del problema*. Dicha ‘x’ no representa ningún dato, sino una incógnita que corresponde despejar a través de los enunciados  $\alpha$ . De esta manera (y de ninguna otra), es como se constituye la ‘experiencia científica’ o, simplemente, la ‘experiencia’. Me parecen apropiadas las siguientes palabras de Guillermo Héctor Rodríguez:

[N]o tiene sentido preguntarse por algo en sí, existente de modo independiente respecto del conocimiento humano, no hay más realidad, hemos dicho, que la que está siendo creada por el conocimiento científico, eternamente progresivo. (...) En general, el objeto es la materia de las posibles predicaciones, la X a determinar. Una vez determinado, el objeto determinable, lo que sólo puede ser parcial o relativamente con arreglo a las leyes del conocimiento, logramos científicamente una determinación y la logramos en tanto en cuanto que ella desempeña el papel o función de estar condicionada precisamente por las leyes conforme a las cuales se le ha logrado constituir.<sup>213</sup>

Por consiguiente, la categoría de imputación o ‘deber ser’ no es una *cosa* ni mucho menos un *dato*. No es *algo* que exista con independencia del conocimiento jurídico. No es el reflejo de una realidad predeterminada. Constituye únicamente la condición *a priori* de posibilidad de la experiencia. Gracias a ella, es posible *determinar* la realidad jurídica. Su aplicación permite la ordenación del material caótico en *fenómeno jurídico*, *i.e.*, en norma o ‘deber ser prescriptivo’ (en los términos de Kelsen). Así, el ‘deber ser’ de la norma es un ‘deber ser prescriptivo’, resultado de la producción epistemológica que es posible gracias a la categoría presupuesta. La misma es aplicada en el enunciado jurídico así:

‘Si  $\phi$  es, entonces  $\psi$  se *imputa* a  $\phi$ ’

---

<sup>213</sup> Rodríguez, Guillermo Héctor, *Ética y jurisprudencia*, México (s.e.), 1947, pp. 14 y 106.

La afirmación de que la norma es un ‘deber ser prescriptivo’ induce, generalmente, a errores. Es un lugar común en las críticas a Kelsen atribuir a la doctrina pura la afirmación de que el derecho es *forma* y nada más. Con dicha declaración se quiere decir, pienso, que la teoría kelseniana concibe la experiencia jurídica únicamente como ‘deber ser’, entendiendo por dicha expresión ‘la forma de la norma jurídica’. Lo que esconde dicho ataque es una confusión entre la categoría presupuesta y la experiencia constituida.

Me atrevo a afirmar que la imputación puede ser caracterizada del mismo modo que las ‘formas puras a priori’ en el sentido explicado por Kant en *Crítica de la razón pura*. El ‘deber ser’ (como categoría) es una forma pura a priori que permite la ordenación de la materia bruta de percepciones sensibles. Dicha ordenación se efectúa *constituyendo* fenómenos jurídicos (*i.e.*, normas jurídicas). En este sentido, el ‘deber ser’ no expresa otra cuestión que la *forma* (en el sentido *a priori*) de la norma.

La categoría de imputación es, por supuesto, *a priori*. ¿Qué significa esto? Que el ‘deber ser’, como *forma de los fenómenos jurídicos*, es condición de estos últimos y únicamente puede entenderse así si es *aislado* de toda percepción sensible<sup>214</sup>. En esta cuestión no hay ningún problema. La vacilación surge al confundirse la categoría con la norma jurídica como fenómeno de la experiencia. Las características de la categoría son atribuidas, de manera patética, a los componentes de la realidad. Así, no parece extraño decir que para Kelsen el derecho es solo *forma*, una especie de vacío jurídico. Sobre el particular, cabe recordar las siguientes precisiones de Kant:

Pensamientos sin contenido son vanos, intuiciones sin conceptos son ciegas. Por eso es tan necesario hacerse sensibles los objetos (es decir, añadirles el objeto en la intuición) como hacerse comprensibles las intuiciones (es decir, traerlas bajo conceptos). Ambas facultades o capacidades no pueden tampoco trocar sus funciones. El entendimiento no puede intuir nada, y los sentidos no pueden pensar nada. Solo de su unión puede originarse conocimiento. El uso de (...) [el] conocimiento puro descansa, empero, en la condición de que, en la intuición, nos sean dados objetos a los que pueda aplicarse dicho conocimiento.<sup>215</sup>

Resulta necesario aclarar, por tanto, que la norma jurídica es un ‘deber ser’, pero es más que un ‘deber ser’. Ya se ha definido el concepto de norma en el primer capítulo de la presente tesis: ‘*n*’ es el sentido de un acto de

---

<sup>214</sup> Cfr., Kant, Manuel, *Crítica de la razón pura*, op. cit., p. 42.

<sup>215</sup> *Ibidem*, p. 58, 62 y 63.

voluntad a través del cual se establece que una determinada conducta *debe ser*. De lo que se desprende que la norma no es sólo forma, sino también contenido. La forma de la norma es el ‘deber ser’; el contenido de la misma, comportamiento. ‘ $\phi$ ’ y ‘ $\psi$ ’ representan *conducta humana*. Del mismo modo que Kant explica que la experiencia se constituye no sólo de sensación, sino también de aquello que nuestra facultad cognoscitiva proporciona, se puede afirmar que la experiencia jurídica se encuentra integrada, por una lado, de una relación de imputación o ‘deber ser prescriptivo’ (creado epistemológicamente por el conocimiento), y, por otro lado, de comportamiento humano.<sup>216</sup> El ‘deber ser prescriptivo’ no puede presentarse *vacío* de conductas.

La imputación sólo puede tener un uso empírico y nunca trascendental. Se podría decir que, al igual que las formas puras a priori de Kant, el ‘deber ser’ constituye una realidad empírica y una idealidad trascendental, pero *nunca una realidad trascendental*<sup>217</sup>. Es una realidad empírica en el sentido de que sólo puede vincular acontecimientos históricamente (*i.e.*, empíricamente) posibles. Es una idealidad trascendental porque no constituye nada si no se la considera como condición de posibilidad de la experiencia y sí como elemento integrante de nómenos o ‘cosas en sí’. Así como no existen hechos jurídicos *en sí*, no hay normas jurídicas abstractas que no vinculen comportamiento humano.

La utilización de la categoría de ‘deber ser’ en los enunciados  $\alpha$  de la ciencia jurídica (la cual se ha representado con el símbolo ‘ $\rightarrow ds$ ’), presenta otro problema dentro del discurso kelseniano. Kelsen denomina ‘deber ser descriptivo’ al empleo de ‘ $\rightarrow ds$ ’ en los enunciado jurídicos. Esta terminología ha llevado a varios autores (incluido Ross) a interpretar de manera equivocada el significado de la noción de la que se está hablando. Sin embargo, cabe preguntar: ¿realmente se trata de ‘un deber ser’? Obviamente, no se trata del ‘deber ser prescriptivo’ de la norma. Más que decir que ‘ $\alpha$ ’ se integra de un ‘deber ser descriptivo’, sería mejor afirmar que ‘ $\alpha$ ’ describe una norma o ‘deber ser prescriptivo’ y que, para ello, utiliza la categoría de ‘deber ser’ o imputación, que es precisamente la que posibilita la explicitación normativa del comportamiento humano. Este es el único sentido que tiene la

---

<sup>216</sup> Cuando se afirma que para Kelsen el derecho es forma y que su doctrina ignora el contenido, se utiliza esta última expresión no en el sentido epistémico, sino ideológico, moral, axiológico.

<sup>217</sup> Cfr., Kant, Manuel, *Crítica de la razón pura*, op. cit., p. 46.

afirmación de que los enunciados jurídicos son 'juicios de deber ser'. De este modo, la utilización del concepto 'deber ser' en los enunciados  $\alpha$  no tiene nada que ver con un requerimiento moral de obediencia jurídica.

¿Qué tiene que decir Kelsen a las críticas de Ross? A continuación me referiré solamente a algunas reflexiones del filósofo danés en torno a la teoría kelseniana.

1.- *Para Kelsen, los enunciados jurídicos constituyen un 'deber ser descriptivo'. Por tanto, el autor de la 'Teoría pura' entiende a las proposiciones de la ciencia jurídica como una exigencia y un conocimiento al mismo tiempo. Este es un rasgo del absolutismo ético del jurista vienés. Un ' $\alpha$ ' no es más que un requerimiento de conducta que puede ser verdadero o falso. Así, los enunciados jurídicos de Kelsen, al ser expresión de un conocimiento práctico, son metafísicos.*

El 'deber ser', como categoría lógico-trascendental, es aplicada a través de los enunciados  $\alpha$  con el objeto de explicar un fenómeno jurídico, *i.e.*, una norma jurídica. Este es el único sentido que tiene la afirmación de que las proposiciones jurídicas son 'de deber ser' o que constituyen un 'deber ser descriptivo'. Ross tiene razón al decir que conocimiento y exigencia son incompatibles. Kelsen también niega el conocimiento práctico. El error del filósofo escandinavo consiste en identificar el concepto de 'deber ser' con el de 'deber' u 'obligación'. Cuando este 'deber ser' se utiliza en las normas jurídicas, Ross entiende la expresión como equivalente a 'deber jurídico'; cuando se emplea en el enunciado jurídico, la entiende como 'deber moral'. Sin embargo, tanto la idea de 'deber jurídico' como el de 'deber moral' no son equivalentes al de 'deber ser'.

En los enunciados  $\alpha$ , 'deber ser' es utilizado como forma pura a priori que permite la interpretación del material caótico. *No constituye un requerimiento de obediencia.* 'Deber ser' es empleado en el sentido de 'imputación'. Cuando la proposición jurídica afirma que ' $\phi \xrightarrow{ds} \psi$ ', simplemente se expresa que  $\psi$  se imputa a  $\phi$ , si  $\phi$  se efectúa. En el próximo apartado explicaré que dicho 'deber ser' en los enunciados de la ciencia del derecho implica únicamente la afirmación de que una conducta se encuentra ordenada, permitida o autorizada de acuerdo a un orden jurídico histórico.

Ross, sin embargo, no lo entiende así. La argumentación rossiana que he expuesto en el capítulo tercero de la presente tesis deja clara la concepción



que él tiene en cuanto a los 'juicios de deber ser'<sup>218</sup>. Para Ross, la expresión 'juicio de deber ser' únicamente puede denotar *directivos*. De ahí que los enunciados kelsenianos sean entendidos por Ross como directivos que al mismo tiempo pueden ser verdaderos o falsos. *Pero ésa no es la idea de Kelsen*. Una norma y un enunciado son conceptos distintos para la *Teoría pura del derecho*. Que un enunciado sea de 'deber ser' sólo significa que describe un fenómeno jurídico aplicando la categoría de imputación, *nunca un requerimiento de obediencia*:

En especial, el enunciado jurídico no es un imperativo; es una proposición, es una declaración sobre un objeto dado al conocimiento. Tampoco implica aprobación de la norma jurídica que describe. (...) Quien, desde el punto de vista de la ciencia jurídica, afirma en su descripción de un orden jurídico positivo, que en ese orden jurídico, bajo determinadas condiciones, debe llevarse a cabo cierto acto coactivo determinado por aquel orden, efectúa esa afirmación aun cuando la atribución del acto coactivo a su condición le parezca injusta y, por tanto, la desapruebe.<sup>219</sup>

Desde este punto de vista, Kelsen no es cuasi-positivista. Los enunciados jurídicos *describen* la experiencia jurídica, no establecen el requerimiento de obedecer al derecho.

2.- *El dualismo ser-deber ser es metafísico. Una de las características básicas del positivismo jurídico es la utilización de enunciados fácticos. El derecho no puede ser entendido más que como hecho empírico.*

Uno de los grandes méritos de Kelsen es haber delimitado el concepto de 'realidad jurídica'. La negación del sincretismo metódico ha sido, sin lugar a dudas, una conquista grandiosa para la filosofía del derecho. El deslinde de los enunciados jurídicos de aquellos que integran la ciencia natural representa un avance significativo en el tratamiento de los problemas de la teoría jurídica. Con Kelsen queda bastante claro que el dominio del derecho constituye un universo aparte respecto de la naturaleza. Y esa separación se basa, precisamente, en el dualismo criticado por Ross.

Sin embargo, el dualismo puede provocar ciertas confusiones. Kelsen afirma que de un 'ser' no se puede deducir un 'deber ser' y viceversa, lo cual es, a mi parecer, correcto. El problema surge al tratar la naturaleza de los *actos jurídicos*. Sobre ello se hablará un poco más adelante. En lo personal,

---

<sup>218</sup> *Vid. supra*, pp. 57, 71 y 72.

<sup>219</sup> Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, op. cit., pp. 93-94.



prefero reformular el postulado kelseniano del modo siguiente: *de un enunciado científico-natural no se puede deducir un enunciado jurídico y viceversa*. Cabe precisar que, para Kelsen, todo aquello que es situado dentro del ámbito fáctico no puede ser caracterizado sino como *fenómeno natural*. Esto debe quedar bien claro para lo que a continuación explico.

Ross y Kelsen coinciden en la negación del derecho natural (y en general, en la imposibilidad del conocimiento práctico). La polémica surge cuando el filósofo escandinavo afirma que la ciencia jurídica únicamente puede componerse de enunciados fácticos. No es de extrañar que para Ross el derecho sea caracterizado como un hecho. Pero tal afirmación implica (para Kelsen) que el derecho es algo que pertenece a la experiencia natural, lo cual, obviamente, niega. La ciencia jurídica no se dirige a acontecimientos naturales. Por consiguiente, los enunciados jurídicos no pueden ser entendidos como proposiciones de ser (donde 'ser' representa la relación de causalidad), sino de *deber ser*. La experiencia jurídica por la cual se interesa la ciencia del derecho es aquella compuesta de *significaciones jurídicas*. El derecho no es otra cosa que el universo de las relaciones de imputación, de las normas y actos jurídicos, del comportamiento humano *interpretado jurídicamente*. Por tanto, el dualismo (tal como lo entiende Kelsen) no es utilizado en su sentido metafísico.

Es necesario recordar que, para Kelsen, el derecho no es algo diferente al concepto de 'experiencia' (en el sentido neokantiano). Por consiguiente, la *epísteme* jurídica es caracterizada como una *ciencia empírica*<sup>220</sup>. El derecho forma parte de la 'realidad'. Sin embargo, se trata de una realidad distinta de la naturaleza. La *Teoría pura del derecho* trata de determinar cual es la realidad específica del derecho que lo distingue de otros fenómenos. Sin duda, se trata del problema más difícil que enfrenta una teoría general derecho.

Un gran mérito de Ross ha sido el haber precisado el concepto de 'norma' desde su postura de filósofo analítico: la 'n' no es solo un directivo (*i.e.*, una expresión lingüística). Un directivo, para ser norma, tiene que estar vinculado con ciertos hechos sociales. Los acontecimientos fácticos a los que se refiere pueden ser discutibles, sin embargo responden a un planteamiento adecuado del problema. La cuestión es que Kelsen no entiende a las normas como expresiones lingüísticas, sino como sentidos de actos de voluntad. Decir al

---

<sup>220</sup> Cfr., *ibidem*, p. 93, y Kelsen, Hans, "Una teoría 'realista' y la teoría pura del derecho", en *Contribuciones a la teoría pura del derecho*, op. cit., p. 15.

autor vienés que las normas son un lenguaje vinculado con ciertos hechos sociales no le dice absolutamente nada. Kelsen intenta establecer la *modalidad específica* de los fenómenos jurídicos. La categoría de ‘deber ser’ o imputación constituye el primer paso en la determinación de la especificidad del derecho. Si se quiere delimitar el fenómeno jurídico haciendo referencia sólo a hechos, el resultado del intento necesariamente será un fracaso. A mi modo de ver, el problema de la especificidad del derecho no es otro que el de las *significaciones jurídicas*. De ahí que sin el concepto de ‘deber ser’ no sea posible una experiencia jurídica diferente a la naturaleza. Sin el empleo de la imputación, la experiencia estaría constituida sólo de fenómenos naturales carentes de *sentido jurídico*.

La teoría de Ross sería, para Kelsen, un intento bastante racional para la explicación de la realidad jurídica; sin embargo, dejaría sin responder la pregunta que comentábamos al principio de este apartado: *¿cuál es la modalidad específica que corresponde a los fenómenos jurídicos y que distingue a éstos de los fenómenos propios de la naturaleza?* Por supuesto, Ross replicaría que dicho interrogante, a la larga, solo constituiría una exigencia metafísica. Cuando hable de la *Nf*, volveré sobre esta cuestión.

Como conclusión, diré que desde este punto de vista, Kelsen tampoco es un cuasi-positivista. El afirmar que el orden jurídico no es realidad fáctica conforme al dualismo ‘ser-deber ser’, no significa otra cuestión que decir que el derecho es un fenómeno diverso a la naturaleza. De ningún modo el empleo del dualismo (en el sentido explicado por Kelsen) lleva a la idea de que el derecho es un espectro existente en un ámbito más allá del empírico ni tampoco a la concepción de que el fenómeno jurídico es una revelación metafísica de lo que es válido en el mundo de la realidad.

#### **4.1.2.- ‘Deber ser’ y funciones normativas**

El ‘deber ser’ es en ocasiones entendido como un ‘deber jurídico’ (o ‘conducta obligatoria’). Lo he comentado más arriba. La misma expresión ‘deber ser’ parece contener la idea de que alguna conducta es establecida como obligatoria, donde ‘obligatorio’ y ‘debido’ son equivalentes. Así, cuando se dice en el enunciado jurídico que una conducta *debe ser*, dicha afirmación induce a errores. El más común es identificar el ‘deber jurídico’ con la conducta debida (*i.e.*, la que debe ser). ‘Deber ser’ se confunde con

‘deber jurídico’. Póngase atención al siguiente texto kelseniano:

Corresponde prestar atención (...) que al mencionar que sea “obligatoria” o “estar prohibida” determinada conducta, no se alude a esa conducta como deóticamente debida, sino al carácter debido de la consecuencia de esa conducta, es decir, de la sanción. La conducta obligatoria no es la conducta debida; debida es la sanción. Que una conducta sea obligatoria significa que lo opuesto a esa conducta es condición de que la sanción sea debida.<sup>221</sup>

El deber jurídico no es la conducta debida. La utilización del concepto de ‘deber ser’ en el enunciado  $\alpha$  se refiere a tres funciones normativas. La conducta debida (*i.e.*, la sanción) puede estar ordenada, permitida o autorizada<sup>222</sup>.

La idea kelseniana será mejor entendida si se observa lo siguiente:

$\phi$  —*ds*→  $\psi$ , *i.e.*, —  $\psi$  se encuentra *ordenada*  
—  $\psi$  se encuentra *permitida*  
—  $\psi$  se encuentra *autorizada*,

donde ‘ $\phi$ ’ representa la conducta prohibida o acto ilícito, ‘—*ds*→’ la relación de imputación o ‘deber ser’ y ‘ $\psi$ ’ la conducta debida o sanción. La conducta debida es ‘ $\psi$ ’; la conducta obligatoria o ‘deber jurídico’ es ‘ $\neg\phi$ ’ (*i.e.*, aquel acto contrario a ‘ $\phi$ ’).

Por supuesto que ‘ $\psi$ ’ también puede ser el contenido de un deber jurídico (pero no tiene necesariamente que serlo). La afirmación ‘ $\psi$  está ordenada’ significa que su contraria constituye una condición de otra relación de imputación por virtud de la cual, si se da el caso de ‘ $\neg\psi$ ’, otra conducta se convierte en debida. Sin embargo, no puede haber un *regreso infinito*: la última sanción sólo puede estar autorizada, pero no ser obligatoria<sup>223</sup>.

<sup>221</sup> Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, op. cit., p. 39.

<sup>222</sup> *Cfr.*, ibidem, p. 131.

<sup>223</sup> *Cfr.*, ibidem, p. 39.

Un enunciado jurídico simplemente describe que, de acuerdo a una norma jurídica, una conducta es *debida*, *i.e.*, que la misma se encuentra ordenada, permitida o autorizada en virtud de un acto de voluntad.

## 4.2.-¿Por qué obedecer al derecho? La discusión epistemológica

### 4.2.1.-Realidad jurídica: nomoestática y nomodinámica

El conocer o concebir algo jurídicamente no significa otra cosa que interpretarlo como derecho. Esta afirmación es un lugar común en el desarrollo de la obra kelseniana<sup>224</sup>. Concebir algo como derecho consiste en entenderlo como ‘norma jurídica’ o como contenido de la misma. Esta fue una enseñanza que Kelsen obtuvo de su sólida formación neokantiana y que es necesario tener presente en todo momento.

El discurso de Kelsen parece ser ambiguo en lo que respecta a los elementos integrantes de la experiencia jurídica. La *Teoría pura del derecho* constituye, para muchos, un ejemplo de lo que podría denominarse ‘normativismo’ o ‘paradigma normativista’. Tratándose de la estática jurídica, dicha caracterización es, por supuesto, correcta. Sin embargo, es necesario precisar lo siguiente:

1.-Kelsen ha distinguido dos vertientes teóricas en su doctrina: la estática jurídica (en la cual el conocimiento se dirige a las *normas*) y la dinámica jurídica (la que se orienta a *actos de creación y aplicación del derecho*). Dichos actos son objeto de conocimiento jurídico ya que constituyen el *contenido de normas jurídicas*.

2.-Si por ‘normativismo’ se pretende decir que el modelo kelseniano establece el requerimiento metateórico de describir *única y exclusivamente* normas jurídicas, dicha afirmación es correcta desde el punto de vista de la nomoestática. Con respecto a la dinámica jurídica también lo es, si se entiende que los actos de creación y aplicación son contenidos de normas. Sin embargo, en esta cuestión se suele incurrir en confusiones. Aquellos que tachan a Kelsen de normativista, utilizan esta última expresión en el sentido de ‘formalismo’. Esta concepción es patética, como he señalado más arriba. Otros le atribuyen dicho normativismo como resultado de su manera particular

---

<sup>224</sup> Cfr., Kelsen, Hans, *Problemas capitales de la teoría jurídica del estado*, op. cit., p. L.

de entender el concepto de 'norma jurídica'. Obviamente, si se entiende a la norma como algo escrito en un papel y que no tiene vinculación con ciertos hechos sociales, el denominado 'normativismo' kelseniano nada tiene que ver con el pensamiento de Kelsen.

Cabe decir que el líder de la escuela vienesa ha contribuido demasiado a dichas confusiones. En ocasiones se habla de actos de creación y de aplicación de normas como si fueran algo *externo* al derecho. La interpretación de dichos acontecimientos como 'hechos del ser' resulta incomprensible para cualquier lector de Kelsen. Y ello por una sencilla razón. Si dichos hechos fueran interpretados como fenómenos naturales, se daría lugar a un espectro mítico impensable: un suceso natural que crea o aplica derecho, pero que al mismo tiempo no constituye derecho (no obstante tener el adjetivo de 'jurídico'). Así, los actos de creación y aplicación de normas, los hechos ilícitos, etc., se entenderían *por fuera* del derecho. Por tanto, no serían objeto de conocimiento jurídico.

Si concebir algo como derecho no puede significar otra cuestión que interpretarlo *como derecho*, hay que dejar las cosas claras: *no existen normas jurídicas fuera de la experiencia jurídica; no existen hechos jurídicos fuera del derecho*. Los hechos ilícitos, la ejecución de sanciones, los actos de aplicación y creación de normas jurídicas *no son lo externo al derecho*. No se encuentran *arriba* o *debajo* de la realidad jurídica. No están *fuera* de la experiencia que describe la ciencia del derecho. No son naturaleza ni divinidad. Tampoco 'cosas en sí'. *Son derecho*:

La ejecución de la decisión del tribunal (...) no es por sí misma norma jurídica. Si designamos tal proceso como un "acto jurídico", y en esta forma indicamos que pertenece también al derecho, entonces la definición de éste como un conjunto de normas podría parecer demasiado estrecha. No únicamente la ejecución de una norma de derecho, la realización de la sanción que aquélla estipula, sino también los actos por los cuales las normas jurídicas son creadas, son de carácter jurídico. (...) Un acto es "jurídico" sólo en cuanto y porque se encuentra determinado por una norma de derecho. Por ello es incorrecto decir que el derecho consiste en normas y en actos. Sería más correcto afirmar que el derecho está integrado por normas jurídicas y actos jurídicos determinados por tales normas.<sup>225</sup>

Por supuesto, ningún proceso anímico o suceso corporal constituye derecho. La naturaleza no contiene nada que sea jurídico. Un acto constituye

---

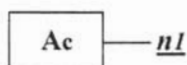
<sup>225</sup> Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del estado*, op. cit., pp. 45-46.

un fenómeno jurídico si y solo si tiene *significación jurídica*. Desde la perspectiva de la dinámica jurídica, el derecho no puede ser entendido sino como un *complejo de actos que crean y aplican normas jurídicas*. Sobre la posibilidad de una ‘nomodinámica’ hablaré en el apartado siguiente.

#### 4.2.2.-La *Nf* como categoría trascendental

El interrogante kelseniano ‘¿por qué obedecer al derecho?’ no es equivalente a ‘¿existe un deber de obedecer al derecho?’, ni tampoco pretende determinar de manera objetiva que el derecho debe obedecerse. Dentro del discurso de la *Teoría pura*, la pregunta consiste en el planteamiento de un problema epistemológico: *¿cuáles son las condiciones de posibilidad de la dinámica jurídica?*

Póngase atención en lo siguiente:



‘Ac’ representa el acto constituyente y ‘nl’ la constitución de un orden jurídico particular. El problema se presenta como sigue: ¿por qué ‘Ac’ es interpretado como ‘acto jurídico’, *i.e.*, como un hecho productor de derecho? Parece que pueden darse diversas respuestas a la problemática, dependiendo de la perspectiva en la que se plantee. Algunas posibles son las siguientes:

*R1*: ‘Ac’ no es un acto jurídico. Se trata de un acontecimiento que sucede en el tiempo y en el espacio (*i.e.*, un hecho natural) que, sin más, produce material jurídico.

*R2*: ‘Ac’ es un acto jurídico en virtud de que es voluntad de dios. La divinidad es la que proporciona carácter jurídico a dicho acontecimiento.

*R3*: ‘Ac’ es un acto jurídico en virtud de que es justo. Es un acto jurídico *en sí* porque participa de la idea de justicia.

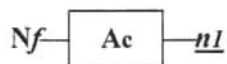
Todas estas respuestas son inadmisibles para Kelsen. *R1* tiene el inconveniente de romper con el dualismo del que parte la doctrina jurídica pura: un hecho natural no puede *crear* derecho. *R2* presupone una

interpretación metafísico-religiosa del derecho; por tanto, es inadmisibile desde el punto de vista racional. R3, por último, es una contestación típica dentro de la cosmovisión iusnaturalista. Como el nómeno es incognoscible, dicha respuesta es irracional.

¿Cómo resolver, entonces, el problema? ¿Cómo entender a 'Ac' como acto jurídico sin hacer referencia a dios, la naturaleza o a la 'cosa en sí'? Lo primero que debe quedar claro es que el postulado kelseniano que afirma que 'de un ser no puede derivarse un deber ser' (lo que significa, simplemente, que derecho y naturaleza son objetos distintos y que un hecho natural no puede producir normas jurídicas) impide entender a 'Ac' como acto jurídico. Sin embargo, esta afirmación es sólo *prima facie*. La confusión se deriva, sin duda alguna, del dualismo entre estática y dinámica jurídica. Kelsen, al hablar de actos de creación y aplicación del derecho, se refiere a ellos en ocasiones como 'hechos del ser' y a veces como 'contenido de normas jurídicas'. Pareciera que el líder de la escuela vienesa hablara de entes mitológicos que se componen de trozos de naturaleza y de material jurídico a la vez, lo cual es inadmisibile.

Es necesario dejar las cosas claras: los actos de creación y aplicación de normas jurídicas no pueden ser entendidos sino *como derecho*. Así lo expliqué en el apartado anterior. En la naturaleza no existe nada que pueda ser un acto jurídico. Con base en esto, se puede reformular el argumento kelseniano en los términos siguientes: si lo que hace que algo sea derecho no es su realidad natural, sino la *significación* con que cuenta, 'Ac', para ser acto jurídico (*i.e.*, parte de la experiencia jurídica), es necesario que tenga significado jurídico (en otras palabras: *que sea derecho*). Sin duda, dicha significación la tiene. Es el *factum* del que partimos: 'Ac' crea la constitución de un orden jurídico. Para que pueda crear derecho, es necesario que sea un *acto jurídico*. Por tanto, no nos preguntamos si 'Ac' es un acto jurídico, sino: ¿por qué 'Ac' es interpretado como 'acto jurídico', *i.e.*, como un hecho productor de derecho? ¿Cuál es la *condición o presupuesto* de dicha interpretación?

Kelsen introduce el concepto de 'norma fundamental' (Nf) para explicitar la cuestión:



La *Nf* surge como hipótesis (o ‘ficción’ en la última etapa de la doctrina kelseniana) que *posibilita* la interpretación de ‘*Ae*’ como acto jurídico. A continuación, explicaré la naturaleza, aparentemente extraña, de dicha ‘norma’.

La *Nf* implica que:

- a) No hay actos jurídicos *en sí*.
- b) En la naturaleza no hay nada que sea derecho.
- c) La interpretación metafísica o religiosa del derecho es una imposibilidad racional.

Para no hacer referencia a númenos, a dios o a la naturaleza, Kelsen opta por la vía hipotética (o ‘ficticia’, en sus últimos trabajos). Pero surge el siguiente problema: ¿la *Nf* es realmente una ‘norma’?

El gran error que se ha cometido en el análisis de la *Nf* es considerarla, precisamente, como una norma *real*. El lenguaje kelseniano ha contribuido, sin duda alguna, a dicha confusión. La *Nf* no es una norma, sino lo que los neokantianos denominan ‘categoría lógico-trascendental’. La *Nf* es la condición de posibilidad de la dinámica jurídica. Cumple la misma función que el concepto de ‘deber ser’ o imputación tiene dentro del ámbito de la nomoestática:

En tanto sólo mediante la presuposición de la norma fundante básica se hace posible interpretar el sentido subjetivo de los actos constituyentes, y de los actos realizados conforme con la constitución, como su sentido objetivo, es decir, interpretarlos como normas básicas objetivamente válidas, puede designarse a la norma fundante básica, tal como es representada por la ciencia del derecho, y si cabe recurrir *per analogiam* a un concepto de la teoría kantiana del conocimiento, como la condición lógico-trascendental de esa interpretación.<sup>226</sup>

Para Kelsen, la *Nf* siempre ha sido una norma no positiva. No la vamos encontrar en ningún rincón de la experiencia. Paradójicamente, la *Nf* no forma parte del derecho, *i.e.*, no es norma alguna. La afirmación de que Kelsen considera la *Nf* sólo como un instrumento epistemológico, me parece bien testimoniada por la adopción de la teoría de la ficción de *Vaihinger*. La *Nf* es una ficción. Es una norma *ficta*. Se trata de una ficción científica, *i.e.*, de un auxiliar epistemológico que tiene por objeto lograr el conocimiento de la

---

<sup>226</sup> Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, op. cit., p. 209.



experiencia jurídica por medio de una contradicción con la realidad. Mientras permanezcamos conscientes de la naturaleza de dicha ‘norma’ y no produzcamos hipóstasis, se puede mantener la teoría de la *Nf*<sup>227</sup>. En lo personal, prefiero caracterizarla como categoría (*i.e.*, como condición de conocimiento) que como ficción. El concepto de Vaihinger sólo puede implicar que la *Nf* no es un fenómeno que integra la experiencia jurídica. Constituye, simplemente, un concepto epistémico auxiliar. La contradicción con la realidad, en todo caso, se produciría si se le considerara como algo existente en la experiencia (*i.e.*, en el supuesto de la hipóstasis). Sin embargo, la *Nf* no es un ente real que se oponga a las categorías del entendimiento específicamente jurídicas.

Ahora bien, ¿qué es lo que explicita la *Nf*? ¿Qué es lo que permite interpretar a ‘*Ac*’ como hecho productor de derecho? Kelsen, como buen neokantiano, supo limitar el alcance de sus conceptos trascendentales a objetos de una experiencia posible (*i.e.*, a acontecimientos históricos empíricamente verificables). La *Nf* no puede referirse a otra cosa que a un orden jurídico positivo. Nunca dio un *uso trascendental* a las categorías jurídicas. De esta manera, la *Nf* aparece *limitada empíricamente*. Kant explica el requerimiento de manera muy clara:

[E]l entendimiento no puede hacer de todos sus principios *a priori* y aun de todos sus conceptos más que un uso empírico y nunca trascendental (...). El uso trascendental de un concepto, en cualquier principio, consiste en referirlo a las cosas *en general y en sí mismas*. El uso empírico consiste en referirlo sólo a *fenómenos*, es decir, a objetos de una *experiencia posible*. (...) Así, todos los conceptos y, con éstos, todos los principios, por muy *a priori* que sean, se refieren, sin embargo, a intuiciones empíricas, es decir, a *datos* para la experiencia posible.<sup>228</sup>

En conclusión: la *Nf* explicita que ‘*Ac*’ es interpretado como acto jurídico si crea la constitución (‘*nl*’) de un orden coactivo *eficaz*. Para decirlo en otras palabras: a la pregunta ‘¿por qué se interpreta ‘*Ac*’ como acto creador de derecho?’, la *Teoría pura* responde: porque se presupone la *Nf*. Dicha respuesta equivale a la siguiente: *porque ‘Ac’ crea la constitución de un orden jurídico eficaz*. Y nada más. Es imposible darle otra significación. No es dios ni un fundamento moral o metafísico del derecho; no es tampoco un

<sup>227</sup> *Cfr.*, Kelsen, Hans, “Reflexiones en torno de la teoría de las ficciones jurídicas. Con especial énfasis en la filosofía del ‘como si’ de Vaihinger”, en Kelsen, Hans *et al.*, *Ficciones jurídicas*, México, Fontamara, 2003, p. 30.

<sup>228</sup> Kant, Manuel, *Crítica de la razón pura*, op. cit., pp. 143-144.

requerimiento de obediencia jurídica ni realidad alguna. Simple y sencillamente, es categoría trascendental.

La *Nf* es la condición que permite interpretar a los fenómenos como ‘derecho’, *i.e.*, como objetos de conocimiento que tienen un modo particular de existir en la experiencia. La legalidad específica del derecho es el ‘deber ser prescriptivo’; su existencia específica, la ‘validez’. Los enunciados  $\alpha$  de la ciencia jurídica únicamente tienen sentido si se presupone la *Nf*. No presuponer la *Nf* implica, simplemente, no interpretar ciertos hechos como actos jurídicos. Dichos acontecimientos, como resultado de una interpretación naturalista (o sociológica, en términos kelsenianos), serían entendidos como trozos de la naturaleza. Por tanto, no constituirían nada que fuera jurídico.

El concepto de *Nf* tiene que deslindarse de dos ideas básicas dentro de la teoría kelseniana:

- 1.-El criterio del derecho
- 2.-La positividad del derecho

El primer punto lo he tratado de manera breve en el primer capítulo de esta tesis<sup>229</sup>. La *Nf no es el criterio de un orden jurídico*. La teoría de la *Nf* no responde a la pregunta ‘¿el orden  $x$  es derecho?’. Es necesario recordar que la distinción entre los ordenes normativos se basa en el concepto de *coacción*. Este último es el criterio de un orden jurídico. La *Nf* no funciona para determinar si cierta normatividad es o no denotada por la expresión ‘derecho’. Su único papel es responder al problema ‘¿por qué ‘*Ac*’ es interpretado como acto jurídico?’, como he indicado más arriba.

La segunda cuestión tiene que ver con un aspecto muy importante dentro de la doctrina jurídica pura. Kelsen es muy claro al afirmar que la positividad de un orden jurídico no reposa ni puede derivarse de la *Nf*. Por ‘positividad del derecho’ se entiende que un sistema jurídico es un orden coactivo implantado y eficaz<sup>230</sup>. Únicamente el derecho positivo puede constituir el objeto de la ciencia jurídica. Este es el *factum* del que se hablaba. La teoría de la *Nf* sólo permite interpretar al acto constituyente como un hecho productor de derecho. En otras palabras: hace posible el derecho positivo como *factum*.

---

<sup>229</sup> *Vid. supra.*, p. 18.

<sup>230</sup> *Cfr.*, Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, op. cit., p. 212.

Sobre el particular, afirmar el líder de la escuela vienesa:

Las normas de un orden jurídico positivo valen *porque* la norma fundante básica, que es regla de base de su producción, es presupuesta como válida, y no por ser ella eficaz; pero aquellas normas solamente tienen validez *cuando* (es decir, mientras) ese orden jurídico sea eficaz.<sup>231</sup>

¿Qué tiene que decir Kelsen respecto de las críticas de Ross en torno a la *Nf*?

1.-La pregunta '¿por qué obedecer al derecho?' carece de sentido. Es imposible determinar, de manera objetiva, que el derecho 'debe ser' obedecido.

*Prima facie*, el problema de '¿por qué obedecer al derecho?' carece de sentido si se entiende como equivalente al interrogante '¿existe un deber absoluto de obedecer a los órdenes jurídicos?'. La posición de Ross es correcta al afirmar que es imposible hacer una aserción en la que se *requiera* la obediencia del derecho. Sobre el particular ya se ha discutido bastante en el capítulo tercero de este trabajo. La crítica del filósofo danés al planteamiento de la *Teoría pura* deja clara la dificultad y oscuridad de gran parte del discurso kelseniano. Sin embargo, si se atiende a toda la argumentación de Kelsen en torno a la pregunta de la que se habla, se entenderá que sólo se trata de un planteamiento epistemológico al estilo neokantiano. '¿Por qué obedecer al derecho?' es lo mismo que preguntar '¿cuáles son las condiciones de posibilidad de la experiencia jurídica?', y particularmente: '¿cómo es posible la dinámica jurídica?'.<sup>231</sup>

Kelsen coincide con Ross en la imposibilidad de la razón práctica. Los enunciados jurídicos *no requieren conductas*. *No son ni pueden ser prescriptivos*. Un enunciado es un acto de conocimiento y una norma es un acto de voluntad. Descripción y prescripción se escinden en universos distintos. Por tanto, el interrogante '¿por qué obedecer al derecho?' no puede ser contestado con un enunciado  $\alpha$  (*i.e.*, el sentido de un acto de conocimiento que puede ser verdadero o falso) en el que se *requiera* una obediencia jurídica. Un 'enunciado  $\alpha$  prescriptivo' es una contradicción de términos para Kelsen. El interrogante es respondido por la doctrina pura del modo siguiente: la

---

<sup>231</sup> *Ibidem*, p. 224.

dinámica jurídica es posible porque la *Nf* es presupuesta. Esta solución kelseniana se ha precisado en este mismo apartado.

La confusión respecto al concepto de ‘deber ser’ reaparece aquí. Cuando Kelsen habla de ‘deber ser’, el filósofo escandinavo lee ‘deber’ u ‘obligación’, como ya se ha comentado más arriba. Si el creador de la *Teoría pura del derecho* afirma que los enunciados  $\alpha$  de la ciencia jurídica son proposiciones de ‘deber ser’, Ross los interpreta como pseudo-enunciados que establecen un deber u obligación, afirmación que va en contra de todo el sistema de la doctrina jurídica pura. Los enunciados jurídicos kelsenianos no tienen nada que ver con requerimientos de obediencia jurídica. En todo caso, *describen* requerimientos (*i.e.*, normas), pero *no constituyen deberes jurídicos o morales*. Los enunciados  $\alpha$  no son directivos, ni exigencias o recomendaciones; son juicios en torno a un objeto de conocimiento.

En la pregunta ‘¿por qué obedecer al derecho?’, Ross también incurre en confusión respecto a la expresión ‘deber ser’. Afirma que es imposible que la fórmula ‘el derecho *debe ser* obedecido’ pueda ser una aserción. Tiene razón si se interpreta en el sentido de que una exigencia de obediencia jurídica pueda ser calificada como verdadera o falsa. En Kelsen, sin embargo, el problema no se resuelve a través de dicha fórmula. La *Teoría pura* sólo pretende determinar la *razón por la cual un complejo de hechos son interpretados como relaciones de imputación*. En otros términos: ¿cuál es el presupuesto que permite entender a un complejo de fenómenos como dotados de significación jurídica (*i.e.*, del sentido del ‘deber ser’)? La expresión ‘deber ser’ en los enunciados jurídicos es utilizada como forma categorial, *i.e.*, como instrumento auxiliar del conocimiento para la ordenación de la materia bruta de percepciones sensibles. No es empleada para *exigir* que el derecho se obedezca. Kelsen, por tanto, no es cuasi-positivista en lo que respecta a la manera en que entiende las proposiciones jurídicas, ni tampoco en lo que se refiere a la pregunta ‘¿por qué obedecer al derecho?’.

2.-El concepto de *Nf* es superfluo. No describe nada. Su uso es característico del cuasi-positivismo, ya que su objeto es reforzar el orden establecido.

La teoría de la *Nf* no desempeña ninguna función moral ni política<sup>232</sup>. La *Nf* no establece un requerimiento de obediencia respecto a ‘*Ae*’. Posibilita su

---

<sup>232</sup> Cfr., *ibidem*, p. 229.

interpretación como acto jurídico y nada más. Correctamente entendida, la *Nf* no es ni puede representar una justificación de órdenes sociales. Es categoría lógico-trascendental, no término ideológico ni persuasivo.

[L]a ciencia jurídica no se arroga, al establecer la norma básica, una autoridad normadora. No prescribe ella que deban obedecerse las órdenes del constituyente. Permanece siendo conocimiento, inclusive en su tesis gnoseológica de que es la condición bajo la cual el sentido subjetivo de los actos constituyentes, y de los actos realizados conforme a la constitución, es interpretado como el sentido objetivo de normas válidas (...). Si la cuestión del fundamento de validez del derecho positivo, es decir, la pregunta de por qué deben aplicarse y acatarse las normas de un orden coactivo, buscara una justificación ético-política de tal orden coactivo y un patrón firme para poder juzgar a un orden jurídico positivo como justo, y, por ende, como válido, o como injusto, y, por ende, como inválido, entonces la norma fundante básica establecida por la teoría pura del derecho no provee de tal justificación, ni de semejante patrón.<sup>233</sup>

Ross afirma que la *Nf* no explica nada. Es superflua. Ante esta afirmación, el filósofo neokantiano respondería: la categoría de *Nf* no es superflua, ya que es equivalente al intento de Kant de establecer las condiciones lógico-trascendentales de los juicios de experiencia. La *Nf* no es más que la respuesta a una *necesidad teórica*: partir de un supuesto unitario que fundamente la unidad del orden jurídico y permita comprender como relaciones jurídicas una serie de situaciones fácticas de poder<sup>234</sup>.

En conclusión: el concepto de *Nf* (tal como es utilizado y explicado por Kelsen) no puede ser caracterizado como elemento integrante de una doctrina cuasi-positivista. La interpretación jurídica que la *Nf* hace posible es una función *teórica* (*i.e.*, cognoscitiva), de ninguna manera *política*.

#### 4.3.-La incompatibilidad del kelsenismo con el ‘cuasi-positivismo’ jurídico

He llegado al apartado final de este trabajo. A continuación desarrollaré brevemente la idea de que la *Teoría pura del derecho* es incompatible con la doctrina cuasi-positivista. La posición de Ross constituye un ataque a las

---

<sup>233</sup> Ibídem, pp. 212 y 228.

<sup>234</sup> Cfr., Kelsen, Hans, *Teoría general del estado* [trad. de Luis Legaz Lacambra], México, Coyoacán-UNAM, 2004, p. 327, y “Una teoría ‘realista’ y la teoría pura del derecho”, en *Contribuciones a la teoría pura del derecho*, op. cit., p. 45.

construcciones ideológicas que se disfrazan de positivismo jurídico, pero que esconden el intento de requerir obediencia jurídica, justificando así cualquier tipo de orden social. *La teoría kelseniana no cae dentro del ámbito de denotación de la expresión 'cuasi-positivismo jurídico'*. Ésta es la tesis que defenderé a lo largo de este apartado.

1.-Kelsen es un positivista jurídico. La *Teoría pura del derecho* representa, sin duda, una de las obras maestras de la filosofía del derecho positivo del siglo XX. Kelsen y Ross (junto con Hart) pueden ser considerados como los líderes del positivismo jurídico. La exigencia de que el objeto de la ciencia jurídica es el *derecho positivo* es un requerimiento metateórico explicitado por la doctrina kelseniana. La teoría de Kelsen es positivista porque afirma que *sólo la experiencia jurídica puede ser objeto de consideración racional*. El filósofo vienés entiende el concepto de 'experiencia' como referido a un complejo de fenómenos, los cuales solamente son posibles si se presuponen ciertas categorías. La imputación hace posible la nomoestática y la *Nf* la dinámica jurídica. Ahora bien, la expresión 'derecho' únicamente puede denotar órdenes coactivos *históricos, i.e.*, sistemas jurídicos que existen o existieron.

Por supuesto, la concepción de 'ciencia del derecho' y 'experiencia jurídica' en Kelsen y Ross es diferente. Para el filósofo danés, el positivismo jurídico constituye un enfoque de los problemas de la filosofía del derecho basado en principios empiristas y antimetafísicos. Kelsen también es un 'empirista', pero no en el sentido de Ross:

Si tanto las normas morales, como las normas del derecho positivo, son el sentido de hechos empíricos, no sólo la ética sino también la ciencia del derecho pueden ser caracterizados como ciencia empírica —en oposición a especulación metafísica—, aún cuando tenga por objeto normas y no hechos.<sup>235</sup>

Kelsen es neokantiano. Es 'empirista' únicamente en el sentido de que entiende a la *experiencia* como único objeto posible de la ciencia. Y los fenómenos jurídicos, sin duda, forman parte de la experiencia.

2.-El dualismo 'ser-deber ser' no es metafísico. El error de Ross es, a mi modo de ver, asimilar el concepto de 'ser' con el de 'realidad' y el de 'deber ser' con el de 'validez'. Así, el autor de *Sobre el derecho y la justicia* entiende que 'deber ser' es una expresión que tiene un referente que no es objetivo.

---

<sup>235</sup> Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, op. cit., p. 71.

‘Deber ser’ es equivalente a ‘reino de lo ideal o metafísico’; es diferente a ‘realidad’. *Pero ésa no es la idea de Kelsen.*

En primer lugar, ‘ser’ no es equivalente a ‘realidad’. ‘Ser’ (o mejor: ‘relación causal’) es una categoría que se aplica en los enunciados  $\alpha$  de la ciencia de la naturaleza y que hace posible la experiencia natural como objeto de consideración racional. Por otro lado, cuando el filósofo vienés habla de ‘un ser’, tiene que entenderse dicha expresión como equivalente a un *hecho natural*. Sin embargo, la ‘realidad’ (o mejor: la ‘experiencia’) no se compone de acontecimientos naturales solamente. Los fenómenos jurídicos también forman parte de la experiencia. Son *fenómenos empíricos*, aunque su realidad sea distinta a la de los hechos de la naturaleza. El ‘deber ser’ (o relación de imputación) es una categoría que hace posible la experiencia jurídica. No se refiere a ningún mundo que esté más allá de la *empiria*.

Sobre la confusión respecto a la expresión ‘deber ser’ he hablado más arriba. Lo que tiene que quedar claro es que Kelsen no entiende al derecho como un mundo trascendente, ni mucho menos como un universo *formal*. Las categorías lógico-trascendentales, por su misma naturaleza, son formas puras a priori. Pero la categoría no es equivalente al fenómeno. El fenómeno jurídico se compone tanto de la relación de imputación (creada epistemológicamente) como por comportamiento humano *históricamente posible*.

3.-Kelsen, al igual que Ross, es un antimetafísico. Niega tanto el conocimiento práctico como el derecho natural. Con respecto a la razón práctica, es necesario recordar que, para el jurista vienés, ‘enunciado  $\alpha$ ’ y ‘norma’ no son conceptos equivalentes. Por un lado, la idea de un ‘ $\alpha$ ’ que *requiera* una conducta y, por el otro, la afirmación de una ‘*n*’ que sea verdadera o falsa, constituyen una contradicción de términos. En este sentido, Kelsen está totalmente de acuerdo con la idea de Ross: conocimiento y exigencia pertenecen a dos universos distintos. Sobre la distinción entre ‘juicios de deber ser’ y ‘normas’ (términos considerados como equivalentes por el filósofo escandinavo) he hablado más arriba.

En lo que se refiere a la negación del derecho natural, he comentado que Kelsen (como buen neokantiano), limitó sus categorías a objetos de una experiencia posible. El absoluto (*i.e.*, el nómeno o ‘cosa en sí’) no puede ser considerado racionalmente. El derecho natural, como espectro ubicado *fuera*



del mundo de los fenómenos jurídicos (*i.e.*, más allá de la experiencia), no puede ser objeto de *epísteme* jurídica.

4.-La doctrina jurídica pura no es un positivismo dogmático o extremo en el sentido de Verdross. Por más que Kelsen afirme que la validez del orden jurídico no proviene de un derecho natural, dicha tesis no implica que el derecho positivo tenga validez o fuerza obligatoria absoluta (en el sentido cuasi-positivista). La teoría kelseniana y la fórmula 'la ley es la ley' son totalmente incompatibles. La *Teoría pura del derecho* no constituye un 'positivismo legalista'. Kelsen nunca afirmó que el derecho, por ser derecho, debe obedecerse. Tampoco se preguntó si la obediencia jurídica es un deber moral absoluto. Es necesario recordar que la exigencia de la pureza metódica constituye uno de los requerimientos metateóricos establecidos por la doctrina jurídica pura. El positivismo jurídico no puede tener como función la *justificación* del derecho positivo. Tampoco puede proponer la destrucción de órdenes jurídicos. La *Teoría pura* no es ni conservadora ni revolucionaria. Como *teoría*, únicamente puede ser *reflexión racional* y nada más.

El concepto de 'validez' en Kelsen no es utilizado de la misma manera que el cuasi-positivismo. 'Validez' no significa para él que el derecho debe obedecerse, sino 'la existencia de una norma jurídica'. Utiliza la expresión 'validez' en el sentido de 'vigencia'. De esta manera, el concepto de 'validez' no es utilizado con el objeto de justificar sistemas sociales, sino para enunciar la existencia de un fenómeno jurídico. Decir que una norma existe no es lo mismo que justificarla. Si Kelsen afirma que la fórmula 'una norma es válida' es equivalente a decir 'los individuos *deben* comportarse como la norma lo establece', dicho 'deben' se utiliza como forma categorial, *no como requerimiento de conducta*. No es una exigencia meta-sistemática de obedecer al derecho. Es imposible requerir una conducta a través de un enunciado teórico.

5.-Los conceptos 'Nf', 'deber ser' y 'validez' no tienen la función de materializar exigencias metafísicas. Por un lado, la concepción de 'derecho como realidad supra-empírica' de la que habla Ross, representa una idea contradictoria con la doctrina jurídica pura. La realidad solamente puede ser entendida como objeto de conocimiento racional, *i.e.*, como experiencia. Todo lo que sea caracterizado como meta-empírico queda fuera del conocimiento científico. Cabe recordar el concepto de nómeno kantiano para comprender que las categorías del entendimiento se encuentran limitadas empíricamente.



Por otro lado, el requerimiento cuasi-positivista de ‘objetivar’ la exigencia de obediencia jurídica es incompatible con la *Teoría pura del derecho*. La *Nf* no exige la obediencia del derecho. No es un directivo, sino una categoría que hace posible la concepción jurídica dinámica. La interpretación jurídica a la que da lugar la *Nf* no es una función volitiva, sino *cognoscitiva*. Voluntad y conocimiento se escinden en ámbitos distintos, de acuerdo al mismo kelsenismo. La teoría de la *Nf* responde a una necesidad teórica; el requerimiento de obediencia jurídica, a una exigencia emocional.

La posición del anarquista no contradice la doctrina de la *Nf*. Ésta última, como reflexión racional, no es una postura emotiva, sino *teórica*:

El ejemplo que anteriormente elegía para ejemplificar el presupuesto sólo posible y no necesario de la norma fundante, es equívoco. El anarquista rechaza al derecho, como orden coactivo, emocionalmente, lo desprecia, aspira a una comunidad libre de coacción. El anarquismo es una actitud política, fundada en determinado deseo. La interpretación sociológica, que no presupone la norma fundante básica, es una actitud teórica. También un anarquista, como jurista, puede describir un derecho positivo como un sistema de normas válidas, sin aprobarlo. Algunos libros de texto en que se describe un sistema de normas constitutivo de obligaciones, facultamientos, derechos y competencias, fueron escritos por juristas que menospreciaban políticamente esos órdenes jurídicos.<sup>236</sup>

Por consiguiente, la *Nf* (al igual que los conceptos de ‘deber ser’ y ‘validez’) no es utilizada desde el punto de vista ideológico (ya sea este conservador o revolucionario). Esta es la auténtica significación que tiene el requerimiento de la pureza metódica desde la perspectiva política.

6.-Si la *Teoría pura del derecho* no lleva a cabo una tarea moral ni política, también es prudente precisar que la misma no pretende responder a la pregunta: ‘¿es un deber moral cumplir con las normas de un orden jurídico?’. El interrogante ‘¿por qué obedecer al derecho?’ simplemente plantea el problema de las condiciones lógico-trascendentales del conocimiento jurídico, cuestión que ya ha quedado explicada en este mismo capítulo. De ahí que Kelsen no sea, desde esta perspectiva, un cuasi-positivista jurídico.

---

<sup>236</sup> *Ibidem*, p. 229.

## CONCLUSIONES

1.-La *Teoría pura del derecho* se fundamenta en el neokantismo desde el punto de vista epistemológico. El dualismo 'ser-deber ser' da lugar a la distinción entre ciencias naturales y ciencias sociales. Los enunciados  $\alpha$  de la ciencia natural aplican el principio de causalidad: 'Si P es, entonces será Q'. El 'ser' o 'relación causal' constituye una categoría lógico-trascendental, *i.e.*, la condición de posibilidad de las ciencias de la naturaleza. Por otro lado, los enunciados  $\alpha$  de la ciencia social aplican el principio de imputación: 'Si  $\phi$  es, entonces *debe ser*  $\psi$ '. El 'deber ser' o 'relación de imputación' es una categoría lógico-trascendental que representa la condición de posibilidad, por una parte, de la ética y, por el otro, de la ciencia jurídica (en particular, de la *nomoestática*). La función de la norma fundamental (*Nf*) es la misma que la de la categoría de 'deber ser', pero referida a la *dinámica jurídica*. La doctrina de la norma fundamental responde a la pregunta '¿cuál es la condición de posibilidad de la *nomodinámica*?' Con base en el concepto neokantiano de 'creación epistemológica', tanto el derecho como la moral son entendidos como conjuntos de normas. El criterio que permite distinguir una expresión de otra es la coacción: el derecho es *un orden coactivo de la conducta humana*.

2.-El deslinde entre los enunciados  $\alpha$  de la ciencia jurídica y las normas de derecho ('*n*') es básico para el entendimiento de la doctrina de Kelsen. Los enunciados jurídicos son el sentido de actos de conocimiento, son verdaderos (o falsos) y describen normas jurídicas. Las normas jurídicas son el sentido de actos de voluntad, son válidas (no verdaderas o falsas) y prescriben conducta humana. Conocimiento y voluntad se escinden en universos distintos. Es imposible prescribir conductas a través de la ciencia; de igual modo, no es posible que las normas jurídicas sean verdaderas o falsas, *i.e.*, que sean enunciados  $\alpha$ .

3.-La expresión 'validez' designa la *existencia específica* de una norma. Que una norma sea 'válida' significa que la misma ha sido impuesta por un acto de voluntad y que el orden jurídico al que pertenece es en términos generales 'eficaz'. Afirmar que una norma es 'válida' es lo mismo que decir que la

misma tiene 'fuerza obligatoria' o que 'existe'. 'Existencia de una norma', 'validez' y 'fuerza obligatoria' son expresiones equivalentes.

4.-Kelsen rechaza la doctrina del derecho natural. La *Teoría pura del derecho* es antimetafísica. El absoluto (*i.e.*, el nómeno o 'cosa en sí') es incognoscible. El derecho positivo no puede tener una fuente *trascendente*. El derecho natural, al afirmar el concepto de justicia y la existencia de normas inmanentes a la naturaleza o a la razón humana, habla de un espectro ubicado *más allá* de la experiencia jurídica. Por lo mismo, no puede ser captado racionalmente. Por otro lado, la doctrina iusnaturalista es ideológica, ya que su propósito primordial es justificar el establecimiento del derecho positivo y excepcionalmente modificarlo desde el punto de vista revolucionario. La ciencia no puede ser conservadora ni revolucionaria.

5.-La teoría del derecho de Ross se fundamenta en el neoempirismo desde el punto de vista epistemológico. Son dos las ideas que retoma de Uppsala y del positivismo lógico: a) la concepción antimetafísica, *i.e.*, la tesis de que todo enunciado que no sea tautológico o empírico no puede formar parte de la ciencia; b) la filosofía es análisis lógico. De esta manera, los enunciados jurídicos únicamente pueden ser entendidos como enunciados  *fácticos*. La filosofía del derecho constituye un metalenguaje jurídico, *i.e.*, que su función es hacer un análisis en torno a los enunciados  $\alpha$  de la ciencia jurídica.

6.-El deslinde entre discurso indicativo y directivo es de gran importancia para el entendimiento de la doctrina de Ross. En él se fundamenta la distinción entre aserciones ('*a*') y directivos ('*D*'). Un indicativo es una expresión que describe un estado de cosas. Una aserción es un uso específico de la proposición o indicativo. Una aserción es un enunciado de 'ser'. Así, los enunciados  $\alpha$  de la ciencia jurídica no pueden ser entendidos sino como aserciones. Por otra parte, un directivo es una expresión que tiene como función influir en la conducta humana. Un directivo es un juicio de 'deber ser'. Las normas jurídicas son directivos (*i.e.*, una forma de expresiones lingüísticas) que están conectados con hechos sociales de determinado tipo: las decisiones de los tribunales.

7.-La expresión 'derecho vigente' en Ross se refiere a un objeto que se integra tanto de directivos como de fenómenos sociales. Dichos hechos únicamente pueden ser las decisiones de los tribunales. Así, afirmar que '*D* es derecho vigente en *X*' es equivalente a decir: '*D* es efectivamente aplicado por los tribunales', porque es vivido por parte del juez como socialmente obligatorio.

Las aserciones jurídicas son una predicción de acontecimiento sociales futuros.

8.-Ross rechaza la doctrina del derecho natural. Para el filósofo escandinavo, la idea de un conocimiento práctico es imposible. Ciencia y exigencia son incompatibles y mutuamente excluyentes. Por consiguiente, los juicios de 'deber ser' (*i.e.*, los directivos) no pueden expresar verdades. La intuición intelectual y la evidencia en las que se fundamenta el iusnaturalismo no constituyen métodos racionales, sino que dan lugar a especulaciones metafísicas. Por tanto, las aserciones del derecho natural carecen de sentido. El iusnaturalismo ha sido primordialmente conservador y, de manera excepcional, revolucionario.

9.-Para Ross, el positivismo jurídico es una perspectiva de la filosofía del derecho basada en principios empiristas y antimetafísicos. Para el teórico danés, son dos las tesis que caracterizan dicho enfoque: a) no existe el derecho natural (todo el derecho es positivo), y b) el establecimiento de la existencia del derecho de un país determinado y su descripción es posible a través de términos exclusivamente empíricos. La expresión 'cuasi-positivismo', por otro lado, nombra una doctrina iusnaturalista conservadora basada en el *slogan* 'la ley es la ley', *i.e.*, en la idea de que el derecho, por el hecho de serlo, *debe ser obedecido*. El 'cuasi-positivismo' es una especie de derecho natural en el sentido de que (al utilizar la expresión 'validez') no tiene por objeto hacer una descripción del mundo empírico, sino llevar a cabo una *justificación de sistemas sociales*.

10.-Para Ross, la *Teoría pura del derecho* es una doctrina 'cuasi-positivista'. Dicha afirmación se basa en lo siguiente: a) Kelsen es un 'absolutista ético', ya que entiende a la ciencia jurídica como una exigencia y un conocimiento al mismo tiempo. Un enunciado jurídico es un requerimiento de conducta que puede ser verdadero o falso; b) el filósofo viene en parte de un dualismo metafísico (el deslinde 'ser-deber ser') y utiliza el concepto 'validez' de manera similar a los cuasi-positivistas; c) la pregunta '¿por qué obedecer al derecho?' presupone que de manera objetiva se puede afirmar que el derecho *debe ser obedecido*; y d) los conceptos de 'deber ser', 'validez' y 'Nf' no tienen nada que ver con la descripción de la experiencia jurídica, sino que tienen por objeto *reforzar el orden establecido*.

11.-Kelsen no es un cuasi-positivista en lo que respecta a su entendimiento de los enunciados jurídicos. La confusión de Ross respecto al concepto de 'deber

ser' kelseniano induce a pensar que cuando Kelsen habla de 'enunciados de deber ser', el jurista austriaco se refiere a directivos. En realidad, el concepto de 'deber ser' (como categoría lógico-trascendental) es utilizado en los enunciados  $\alpha$  de la ciencia del derecho con el objeto de describir fenómenos jurídicos, los cuales se integran de conducta humana y de un 'deber ser prescriptivo' creado epistemológicamente a través de la categoría presupuesta. Los enunciados jurídicos kelsenianos *no constituyen requerimientos de obediencia*. Conocimiento y voluntad son mutuamente excluyentes. Es necesario recordar que Kelsen, al igual que Ross, niega el conocimiento práctico.

12.-Kelsen no es un cuasi-positivista en lo que respecta al dualismo 'ser-deber ser' y la utilización del concepto de 'validez'. En primer lugar, dicho deslinde no es equivalente a la distinción 'realidad-validez'. Tanto la naturaleza como la moral y el derecho forman parte de la realidad. Sin embargo, la 'realidad' moral y jurídica es diferente a aquella que corresponde a la naturaleza. El concepto de 'validez' es utilizado para nombrar dicha *realidad específica*. De ninguna manera su utilización implica un requerimiento de obediencia jurídica. Afirmar que una norma es válida no significa otra cosa que decir que la misma existe. De esta manera, el concepto de 'validez' no es utilizado en el sentido iusnaturalista ni cuasi-positivista. El *slogan* 'la ley es la ley' es totalmente incompatible con la doctrina kelseniana.

13.-Kelsen no es un cuasi-positivista en lo que respecta a su planteamiento epistemológico '¿por qué obedecer al derecho?'. El interrogante no pretende dar una respuesta del tipo 'es un deber el obedecer al derecho' como equivalente a la descripción de un *estado de cosas*. La misma perspectiva kelseniana es incompatible con la enunciación de una *exigencia* como respuesta a un problema metodológico. Es imposible la idea de un enunciado  $\alpha$  que *requiera* una conducta. La pregunta, por muy extraño que parezca, es equivalente a la siguiente: *¿cuál es la condición de posibilidad de la dinámica jurídica?* Dicha afirmación se encuentra implícita en toda la argumentación de Kelsen. La respuesta a la misma es la presuposición de la *Nf*. De esta manera, la pregunta '¿por qué obedecer al derecho?' es respondida así por la *Teoría pura*: porque se presupone la *Nf*.

14.-Kelsen no es un cuasi-positivista en lo que se refiere a su utilización del concepto de '*Nf*'. Dicha expresión no tiene por objeto reforzar el orden establecido. De ninguna manera puede entenderse como un requerimiento de obediencia respecto al acto constituyente de un orden jurídico. Entendida de

manera correcta, la *Nf* constituye simplemente una categoría lógico-trascendental que hace posible la concepción jurídica dinámica al permitir la interpretación del acto constituyente como un hecho creador de derecho. No es posible que represente una justificación de sistemas sociales. Cabe recordar que los conceptos kelsenianos se encuentran *limitados empíricamente*: la *Nf* no puede referirse a otra cosa que al acto que crea la constitución de un orden coactivo eficaz. El requerimiento neokantiano que no permite el uso trascendental de las categorías me parece bien testimoniado en la utilización de los conceptos en todo el sistema kelseniano. De ahí que Kelsen sea consecuente con la postura epistemológica de la que parte y, además, sea congruente con la exigencia de pureza metódica de la que tanto habló a lo largo de toda su obra.

15.-La teoría de Kelsen puede ser analizada y criticada de muchas maneras. El éxito del paradigma kelseniano de igual manera puede discutirse. Sin embargo, una cuestión si es necesario dejar clara: *Kelsen no es un cuasi-positivista en el sentido señalado por Ross. La Teoría pura del derecho* no es una ideología que requiera la obediencia del derecho. Tampoco constituye el fundamento de doctrinas metafísicas o de construcciones ‘positivistas ideológicas’ que escondan un requerimiento de conducta bajo el disfraz de descripción. La doctrina kelseniana constituye una reflexión *teórica*. Por tanto, es racional y de ninguna manera implica una perspectiva conservadora ni revolucionaria.

## BIBLIOGRAFÍA

- Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- García Morente, Manuel, *Lecciones preliminares de filosofía*, 16ª edición, México, Porrúa, 2002.
- Geiger, Theodor, *Moral y derecho. Polémica con Uppsala* [trad. de Ernesto Garzón Valdés], México, Fontamara, 2003.
- Hessen, Juan, *Teoría del conocimiento* [trad. de José Gaos], 12ª edición, México, Porrúa, 2001.
- Kant, Manuel, *Crítica de la razón pura* [trad. de Manuel García Morente y Manuel Fernández Núñez], 11ª edición, México, Porrúa, 2000.
- Kelsen, Hans, *La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática científica del derecho* [trad. de Jorge G. Tejerina], 2ª edición, México, Nacional, 1981.
- \_\_\_\_\_, *Problemas capitales de la teoría jurídica del estado* [trad. de Wenceslao Roces], México, Porrúa, 1987.
- \_\_\_\_\_, *¿Qué es justicia?* [trad. de Albert Calsamiglia], 2ª edición, Barcelona, Ariel, 1992.
- \_\_\_\_\_, *Teoría general de las normas* [trad. de Hugo Carlos Delory Jacobs], México, Trillas, 1994.
- \_\_\_\_\_, *Teoría general del derecho y del estado* [trad. de Eduardo García Máynez], México, UNAM, 1995.

- \_\_\_\_\_, *Teoría pura del derecho* [trad. de Roberto J. Vernengo], 11ª edición, México, Porrúa, 2000.
- \_\_\_\_\_, *¿Qué es la teoría pura del derecho?* [trad. de Ernesto Garzón Valdés], 8ª edición, México, Fontamara, 2001.
- \_\_\_\_\_, *Contribuciones a la teoría pura del derecho* [trad. de Eduardo Vázquez *et al.*], 3ª edición, México, Fontamara, 1995.
- \_\_\_\_\_, *Teoría general del estado* [trad. de Luis Legaz Lacambra], México, Coyoacán-UNAM, 2004.
- Kelsen, Hans *et al.*, *Ficciones jurídicas* [trad. de Jean Hennequin *et al.*], México, Fontamara, 2003.
- Miller, David (comp.), *Popper. Escritos selectos*. [trad. de Sergio René Madero Báez], México, Fondo de Cultura Económica, 1995.
- Natorp, Pablo, *Propedéutica filosófica. Kant y la Escuela de Marburgo. Curso de pedagogía social* [trad. de Francisco Larroyo y J. V. Viqueira], 2ª edición, México, Porrúa, 1987.
- Olivecrona, Karl, *Lenguaje jurídico y realidad* [trad. de Ernesto Garzón Valdés], México, Fontamara, 2002.
- Popper, Karl, *Conjeturas y refutaciones* [trad. de Néstor Míguez], 2ª edición, Barcelona, Paidós, 1983.
- Rodríguez, Guillermo Héctor, *Ética y jurisprudencia*, México (s.e.), 1947
- Ross, Alf, *Hacia una ciencia realista del derecho* [trad. de Julio Barboza], Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1961.
- \_\_\_\_\_, *Lógica de las normas* [trad. de José S. P. Hierro],



Madrid, Tecnos, 1971.

- \_\_\_\_\_, *Sobre el derecho y la justicia* [trad. de Genaro Carrió], 2ª edición, Buenos Aires, Eudeba, 1997.
- \_\_\_\_\_, *El concepto de validez y otros ensayos* [trad. de Genaro Carrió *et al.*], 3ª edición, México, Fontamara, 1997.
- Saucedo, Ma. de Lourdes (comp.), *Antología de textos de historia de la filosofía III*. México, Universidad Iberoamericana, 1994.
- Tamayo y Salmorán, Rolando, *Sobre el sistema jurídico y su creación*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1976.
- \_\_\_\_\_, *Elementos para una teoría general del derecho*, 2ª edición, México, Themis, 1998.
- \_\_\_\_\_, *Razonamiento y argumentación jurídica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.

## REVISTAS

- Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, no. 2, España, Universidad de Alicante, 1985.
- Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, no. 9, España, Universidad de Alicante, 1991.
- Isonomía. Revista de teoría y filosofía del derecho*, no. 3, México, ITAM, 1995.
- Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, no. 75, Madrid, 1989-1990.

—*Revista Jurídica Jalisciense*, año II, no. 3, México, Universidad de Guadalajara, mayo-agosto de 1992.

Autorizo a la Dirección General de Bibliotecas de la UNAM a difundir en formato electrónico e impreso el contenido de mi trabajo recepcional.

NOMBRE: Francisco Javier

Castillejos Rodríguez

FECHA: 13/ octubre 2004

FIRMA: JCR

ESTA TESIS NO SALE  
DE LA BIBLIOTECA