

Ulises Schmill

**LA PUREZA DEL METODO EN LA
TEORIA KELSENIANA**

1. Introducción

1. La teoría de Hans Kelsen, a la que su propio autor ha denominado Teoría Pura del Derecho, ha pasado por una serie de vicisitudes muy peculiares. En primer lugar me referiré a su origen, a la manera como fue elaborada y adquirió el perfil que actualmente posee. Esto permitirá señalar un hecho al que concedo gran importancia y que puedo expresar en estos términos: la Teoría Pura es, en mi opinión, una doctrina muy fecunda sobre la problemática relacionada con el derecho. Constituye hasta el momento el cuerpo doctrinario más amplio sobre la problemática que los juristas han manejado históricamente. Puede afirmarse, sin exagerar, que casi todos los temas o problemas que han sido tocados tradicionalmente por la jurisprudencia, encuentran en esa teoría una posición sistemática y reciben una respuesta.

Todos sabemos lo difícil que es tomar una actitud fría y desinteresada ante una teoría. La frialdad a la que me refiero significa, en este contexto, una actitud no teñida de elementos políticos o ideológicos.¹

Lo anterior no ha sido aceptado por los estudiosos del derecho quienes, en muchas ocasiones, no han adoptado una actitud racional o sanamente crítica frente a esta teoría que ha influido grandemente en las diversas ramas de la jurisprudencia. Entre ellos encontramos partidarios fervorosos de la Teoría Pura del Derecho, inclusive fanáticos. Otros han adoptado actitudes teñidas de sentimentalismo o ideológicamente tendenciosas.

Tales posiciones extremas, de ardiente adhesión o apasionada opo-

¹Cabe hacer notar la influencia weberiana en la teoría de Kelsen en relación con el problema de la neutralidad valorativa del trabajo teórico.

sición, no son armónicas con una consideración puramente racional. El político o el ideólogo no pueden estar frente a una doctrina en una actitud despersonalizada. De los enunciados de una doctrina pasa, con proclividad emocional, al sujeto que los emite, y a éste lo considera, con atención a sus antecedentes ideológicos o al carácter de la teoría, como un amigo o un enemigo, como un partidario o un opositor. Lamentablemente, la racionalidad frente a una doctrina es muy difícil de alcanzar y constituye, en realidad, un ideal a perseguir.²

Una doctrina, cualquiera que ella sea, debe considerarse cuando más como un conjunto de enunciados con los que, provisionalmente y de modo hipotético, se intenta hacer la descripción y, en ocasiones, la explicación de un conjunto de fenómenos o problemas, entendiendo estos términos en sentido muy lato. Frente a un campo de problemas, el teórico los colecciona, los ordena, los analiza y trata de establecer cuáles son sus características y sus relaciones recíprocas. Puede, evidentemente, equivocarse en la recolección de los problemas. Puede confundirse ante un objeto encontrado en ese campo o tomarlo por un objeto distinto. Puede no atender a todos los objetos pertinentes o no poder establecer de modo satisfactorio sus relaciones recíprocas. Y, por último, es posible que no llegue a determinar sus causas o errar en su determinación.

Cuando a Newton le preguntaron, en alguna ocasión, cuál era su actitud frente a la ciencia, contestó con esta hermosa imagen: que se sentía como un niño en una playa, coleccionando conchas e ignorando o desconociendo el inmenso mar que tenía por delante. Es ésta una imagen certera de la actitud de un auténtico hombre de ciencia.

Una teoría es un instrumento. Si sirve, se usa y se aplica. Si no sirve, se la puede desechar y construir otra herramienta. Lo que nunca debe hacerse, es hacer de la teoría un ídolo, un objeto de adoración e intentar seguir utilizándola aunque haya sido claramente refutada.

De esto era muy consciente Kelsen y, de alguna manera, ése es el

²La racionalidad es entendida aquí como una característica de la actitud de una persona frente a una formulación teórica. Se trata, pues, de una racionalidad pragmática.

sentido del postulado de la pureza metódica que informa toda su labor teórica.

2. *El sentido negativo de la pureza metódica*

2. El postulado de la pureza metódica tiene dos significaciones importantes, que pueden ser distinguidas: una negativa y otra positiva.

La primera es la más conocida. Consiste en excluir de toda consideración jurisprudencial, es decir: descriptiva y explicativa de un derecho positivo, todo elemento sociológico y valorativo.

La Teoría Pura del Derecho -dice Kelsen en las primeras líneas de su libro que lleva ese título, editado en 1960- constituye una teoría sobre el derecho positivo. Se trata de una teoría sobre el derecho positivo en general y no de una teoría sobre un orden jurídico específico. Es una teoría general sobre el derecho, y no la interpretación de normas jurídicas particulares, nacionales o internacionales.

Y agrega a continuación:

Al caracterizarse como una doctrina “pura” con respecto del derecho, lo hace porque quiere obtener solamente un conocimiento orientado hacia el derecho, y porque desearía excluir de ese conocimiento lo que no pertenece al objeto precisamente determinado como jurídico. Vale decir: quiere liberar a la ciencia jurídica de todos los elementos que le son extraños.

Todo esto es muy conocido. No insistiré más en ello pues es de sobra comprensible. Sin embargo, no por ello dejaré de señalar una serie de elementos que, en la teoría de Kelsen, están entrañablemente unidos a este postulado en su dimensión negativa. En primer lugar, ha suscitado un malentendido que ha puesto en guardia a una serie de teóricos del derecho, y, además, los ha hecho adoptar una actitud de oposición. Consiste en afirmar que la Teoría Pura del Derecho es una doctrina formal, que no se ocupa de lo verdaderamente importante: el contenido del derecho. Que éste, el contenido del derecho, le es supremamente indiferente y, por ello, la Teoría Pura del De-

recho sería vacía y constituye tan sólo un hueco cascarón, alejado de la vida.³

El origen de este malentendido es muy antiguo. Quizás parte desde 1910, fecha en que se publicó la primera gran obra de Kelsen, los *Hauptprobleme*.⁴ En esta obra, Kelsen afirma que la ciencia del derecho constituye una geometría de los fenómenos jurídicos. ¿Qué significa esto? Puede afirmarse enfáticamente que esta afirmación en ningún caso puede significar que el derecho positivo sea una pura forma a la manera de una figura geométrica, y carente de lo que vagamente se designa como “contenido”.

Expresamente Kelsen se pronuncia en contra de esta interpretación, al reconocer el carácter eminentemente ideológico del derecho, entendiendo por “ideología”, en este contexto, lo que se ha denominado “contenido” del orden jurídico. En la *Teoría Pura del Derecho* de 1934⁵ dice que al despojar el deber ser (*sollen*), como principio explicativo del derecho positivo, de su carácter axiológico, pues su función es descriptiva de las normas jurídicas; al reducir dicho deber ser al enlace de condición y consecuencia en la preposición jurídica, la *Teoría Pura del Derecho* “ha franqueado el camino a ese punto de vista del que resulta la evidencia del carácter ideológico del derecho”.⁶ Yo me atrevería a decir que si una teoría del derecho no tiene que enfrentarse al contenido del derecho; si su problema no es explicar o describir este contenido, entonces tal teoría carecería de objeto alguno de conocimiento. Precisamente, la finalidad de una teoría jurídica consiste en explicar el contenido del derecho positivo,

³Esta interpretación errónea ha sido refutada expresamente por Kelsen en *Was ist die Reine Rechtslehre* (1953). Existe traducción castellana de E. Garzón Valdés, *¿Qué es la Teoría Pura del Derecho?*, Universidad de Córdoba, 1958. En este ensayo, citando al filósofo neokantiano Hermann Cohen, Kelsen enfrenta este tipo de objeción señalando que toda teoría general del derecho necesariamente tiene que ser formal.

⁴*Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre von Rechtssatz*, 1a. ed., Tübingen, J. C. Mohr (Paul Siebeck). Hay segunda edición.

⁵*Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Viena, Franz Deutische, p. 34. Hay traducción castellana de Jorge Tejerina.

⁶*Op. cit.*, edición castellana, Buenos Aires, Losada, 1946, p. 65.

describirlo y sistematizarlo. Privarla de ese contenido es hacer una teoría sobre la nada, sobre una pura y mera ausencia, sobre una hoquedad.

Disuelto este malentendido, esta tergiversación, el postulado de la pureza metódica, en su aspecto negativo, significa, en primer lugar, una especie de deslinde respecto de otros intereses o ciencias. En efecto, interesa destacar en este punto el deslinde respecto de la sociología jurídica. Kelsen plantea el problema en estos términos:

. . . corresponde distinguir entre hecho natural y su significación. Si se analiza cualquier estado de cosas tenido como derecho, como, por ejemplo, la celebración de un contrato, un acto administrativo, la aprobación de una resolución por un parlamento, se encontrarán dos elementos: uno, un hecho natural, perceptible por los sentidos, que acaece en el tiempo y en el espacio; segundo, un significado específico, un sentido peculiar unido a tal hecho. En una sala se reúnen hombres, pronuncian discursos, unos se levantan de sus asientos al paso que otros permanecen sentados; tal es el suceso exterior. Su sentido: es votada una ley.⁷

En realidad:

. . . lo que convierte a ese 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 el sentido objetivo que está ligado a este 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 con esta norma.⁸

Pues bien, para Kelsen, el objeto de la ciencia del derecho consiste en las normas con arreglo a las cuales diversos hechos naturales, a los que se refieren con sus contenidos, pueden ser interpretados, y no

⁷*Op. cit.*, p. 27.

⁸*Op. cit.*, p. 30.

consiste en esos hechos en sí mismos, por decirlo así, en tanto pequeños trozos del acontecer natural determinados causalmente.

Podemos, pues, distinguir los siguientes elementos: a) un hecho natural, como en el caso descrito de la resolución parlamentaria; b) la propia resolución parlamentaria, que constituye un significado específico del acto mencionado; c) aquel otro hecho natural cuyo sentido jurídico será dado por la norma indicada en b) y que constituye la referencia del ámbito material de la misma.

Establecido lo anterior, resultará finalmente comprensible la problemática que Kelsen señala para la sociología jurídica. Esta estudiaría:

. . . las causas y efectos de aquellos sucesos naturales que, interpretados desde las normas jurídicas, se presentan como actos jurídicos; la sociología del derecho no pone en relación las situaciones fácticas del ser que ha de capturar con normas válidas, sino con otras situaciones fácticas del ser . . . como causas y efectos.⁹

En el esquema presentado, la sociología jurídica se dirige al estudio y explicación de los hechos señalados bajos los rubros a) y c), excluyendo expresamente el rubro b), el cual es el objeto propio de estudio de la ciencia del derecho. Es decir, ante una ley emitida por un parlamento, la sociología jurídica dirigiría su atención al hecho natural consistente en los actos realizados por los parlamentarios para la aprobación de esa ley específica, que tiene un contenido también específico; y los correlacionaría, como efectos, con otros hechos, como los antecedentes sociales, económicos, políticos, etcétera, los que serían sus causas explicativas. Dice Kelsen que la sociología pregunta:

. . . por qué motivos determinados un legislador ha promulgado precisamente estas normas y no otras y qué efectos han tenido sus disposiciones; pregunta en qué forma los hechos económicos o las representaciones religiosas han influido en forma efectiva en las actividades de los tribunales o por qué motivos los hombres ajustan su conducta al orden jurídico.¹⁰

⁹*Op. cit.*, p. 35 y ss.

¹⁰*Op. cit.*, p. 36.

Corresponde observar que, para la concepción kelseniana de la sociología jurídica, el objeto de explicación consiste en hechos y actos sociales. No, en cambio, puras significaciones o sentidos objetivos de dichos actos o hechos. En consecuencia, la referencia arriba a “hechos naturales” deberá ser tomada con ciertas reservas.

Estas consideraciones tienen su análogo en la geometría o la matemática, o, incluso, con la lógica. Cuando el geómetra determina, por ejemplo, que la suma de los ángulos internos de un triángulo es igual a 180° , no se pregunta ni nunca se preguntará sobre las condiciones económicas, sociales, políticas o religiosas que han determinado la concepción expuesta del teorema sobre el triángulo. Tampoco se pregunta sobre cuáles puedan ser los efectos sociales que el conocimiento de tal teorema pueda tener. En este sentido, el geómetra procede con arreglo a un principio análogo, en su terreno, al de la pureza metódica en su aspecto negativo que hemos venido tratando. En la lógica formal acontece algo similar: No es objeto de estudio de la lógica conocer las condiciones sociales que han posibilitado la comprensión del silogismo o de la ley de contradicción. Esta temática incumbirá, más bien, a la sociología del conocimiento.

3. El segundo aspecto de la significación negativa de la pureza metódica se puede explicitar siguiendo el símil del geómetra; éste no tiene por qué preguntarse, *qua* geómetra, si el objeto de sus estudios, es bueno o malo, provechoso o no, y si aumentará o disminuirá la felicidad del hombre en el futuro. No se niega que estos temas son muy importantes. Quizá sean supremamente importantes. Pero, el científico en tanto geómetra, deberá desatenderse de ellos y concentrar su atención tan sólo en los problemas que se suscitan dentro del específico sistema teórico que ha establecido. Las otras preguntas son las que debe formularse un político o una persona ocupada en problemas de la ética.

Kelsen, en tanto exclusivamente jurista y, siguiendo la tradición weberiana, se desentiende de estos problemas éticos. Su problema es describir la estructura del derecho positivo y su funcionamiento efectivo y no más. Por ello, ha tomado posición frente a las doctrinas del derecho natural y otras disciplinas que intentan justificar o refor-

zar normas de derecho positivo.

En la Teoría Pura del Derecho de 1934 dice:

Importa aquí, ante todo, desligar al derecho de aquel contacto en que desde antiguo fue puesto con la moral. Naturalmente, en manera alguna se niega por esto la exigencia de que el derecho debe ser moral, es decir, bueno. Compréndase bien esta exigencia. . . Solamente se rechaza la concepción de que el derecho sea, como tal, parte integrante de la moral. . . Al presentarse al derecho como dominio parcial de la moral, sin elucidar si esto sólo significa la muy comprensible exigencia de que el derecho deba ser moralmente configurado, o si con ella quiere decirse que el derecho tiene, como parte integrante de la moral, carácter positivamente moral, procuráse conferir al derecho aquel valor absoluto que reclama la moral.¹¹

Esta afirmación es muy interesante. Kelsen no niega que el derecho positivo deba ser configurado conforme a la moral.¹² Lo que rechaza es que la moralidad del derecho implique la afirmación de un valor absoluto, igual al que pretenden para sí las normas morales. Estas generalmente pretenden establecer el criterio de lo bueno y, por lo tanto, de la moralidad, de modo absoluto. Si al derecho se le identifica con una moral absoluta, el valor de ésta se vierte en aquél y obtiene así una legitimidad del todo injustificada desde un punto de vista científico.

Similarmente la invocación por los juristas dogmáticos del derecho natural o de principios metajurídicos implica, como también sostiene Kelsen, una “positivización” del derecho natural invocado.

Esta tesis es la que permite, precisamente, la posibilidad de colocarse en una posición crítica de carácter valorativa frente a ciertas configuraciones históricas del contenido del derecho. En este sentido, la pureza metódica kelseniana es la condición necesaria para poder adoptar una actitud crítica frente a las normas jurídicas. El rechazo

¹¹*Op. cit.*, p. 38.

¹²Es necesario distinguir la nítida distinción kelseniana de las referencias, en la teoría general del derecho posterior, a un “mínimo de moralidad” (Hart y su origen en Jellinek), o a “principios”, como en Dworkin, algunos de los cuales no son normas jurídicas positivas.

del postulado de la pureza metódica significa asumir una postura dogmática y, por ende, justificatoria de los intereses de los gobernantes y de aquellos sujetos beneficiados por la aplicación del derecho. Contra la intención manifiesta de los partidarios del derecho natural, que se presentan como críticos, en nombre de la moral, del derecho positivo, la crítica se hace imposible si no se acepta la tesis positivista de la separación entre el derecho y la moral. Es un hecho conocido la gran diversidad, en cuanto a contenido, que existe entre diversos derechos positivos en diferentes lugares a través del transcurso temporal de la historia. ¿Cuál de todos ellos es el justo, el moral? No puede pretenderse que todos ellos lo sean. El valor absoluto atribuido a un orden jurídico excluiría la posibilidad de toda crítica axiológica respecto del derecho. Es por ello, precisamente, que las tesis que han afirmado que la teoría de Kelsen, al considerar como derecho el soviético o el nacional-socialista, los justifica, es del todo contraria a lo propiamente afirmado por Kelsen.¹³

4. El profundo interés de Kelsen sobre estos temas se revela en sus múltiples trabajos sobre el problema de la justicia. Sus análisis de las concepciones de la justicia y sus orígenes entre los pueblos primitivos, en los pensadores presocráticos, en Platón y Aristóteles, y sus polémicas con diversos autores más recientes constituyen aportaciones fundamentales, en ocasiones tan importantes o más que las desarrolladas en el campo de la jurisprudencia exclusivamente. En especial, quiero llamar la atención sobre las aportaciones de sus trabajos que aparecen consignados en tres obras fundamentales: *Sociedad y Naturaleza*, *La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución* y *La justicia platónica*.¹⁴ Junto con el estudio psicoanalítico, publicado por Freud, denominado *El amor platónico*.

¹³No es necesario abundar mayormente en este tipo de tergiversaciones de mala fe, carentes de toda base informativa exacta sobre la postura política de Kelsen, en el mejor de los casos. Constituyen, en realidad, distorsiones premeditadas, favorables a regímenes totalitarios.

¹⁴*Society and Nature*, Chicago U. Press, 1933,; hay traducción castellana, Buenos Aires, 1945; *Die Entstehung des Kausalgesetzes aus dem Vergeltungsprinzip*, The Journal of Unified Science, 1929; hay traducción castellana; *Die platonische Gerechtigkeit*, Kant-Studien, 1933; hay traducción castellana.

Las conclusiones de las dos primera obras citadas han sido aceptadas por W. Beth,¹⁵ el gran filósofo y lógico matemático holandés, afiliado a la escuela intuicionista de Brouwer y Hayting, y por Rudolf Carnap, en su obra *Philosophical Foundations of modern Physics*.¹⁶ Los estudios sobre Platón han influido, sobre Karl Popper, como se puede comprobar con la lectura de su libro *La Sociedad Abierta y sus Enemigos*.

El postulado de la pureza metódica, en este sentido negativo, ha tenido una influencia decisiva entre aquellos autores de teoría jurídica, que han adquirido celebridad después de la segunda guerra mundial. Me refiero, en especial, a Alf Ross, que fue alumno de Kelsen, a H. L. A. Hart, N. Bobbio, Karl Olivecrona, Ota Weinberger y otros.

Para Alf Ross,¹⁷ en la jurisprudencia se encuentran agrupados tres tipos de problemas: a) el del concepto o naturaleza del derecho; b) el del propósito o idea del derecho, y c) el de la interacción del derecho y la sociedad.

Respecto del primer grupo de problemas, Ross señala que son aquellos que han sido tratados por lo que se ha denominado, la teoría jurídica anglosajona, la dirección analítica fundada por el autor inglés John Austin. Ross le concede gran importancia y parte de sus consideraciones teóricas más importantes se alínean con esta posición metodológica, a la que por cierto ha calificado de “formalista”. Por lo tanto, la influencia de Kelsen en Ross es clara y decisiva. Sin embargo, a pesar de la similitud señalada, en el desarrollo concreto de su teoría, no siempre se atiene a esos postulados, pues al considerar el primer problema, el de la naturaleza del derecho, echa mano de una

¹⁵“Hans Kelsen ha sostenido que la muy repetida y profundamente arraigada creencia en la denominada ley de causalidad proviene del principio de retribución, que se encuentra aún entre hombres que no tienen conciencia de la causalidad como nosotros la entendemos. Por consiguiente, la filosofía de la naturaleza debe ser su origen a una filosofía social anterior subyacente. Mostraré que la tesis de Kelsen encuentra un fuerte sustento en un número de textos filosóficos griegos, y que puede contribuir a una mejor comprensión de varios de ellos.” Beth, Evert E., *The foundations of mathematics*, Nueva York, Harper, 1959, p. 4 y ss.

¹⁶Carnap, R., *Philosophical foundations of physics*, Basic Books, 1966, pp. 204-206.

¹⁷Me refiero a las tesis sustentadas por Ross en *Sobre el derecho y la justicia*, y no al Ross posterior de *Directives and Norms*.

serie de conceptos metodológicos que comprenden elementos psicológicos.

Para demostrar lo anterior, baste analizar lo dicho por Ross con respecto del concepto de “derecho vigente”. Inicia un análisis haciendo una distinción entre tres tipos de enunciados o expresiones lingüísticas: expresiones de aserción, exclamaciones y, directivas.

Expresiones de aserción son aquellas que tienen “un significado representativo”. Este significado dice que es una “aserción en tanto que indica, simboliza o representa un estado de cosas”. Esta aserción puede ser considerada con independencia de la expresión y del contexto de experiencia asociado a ella. Su verdad o falsedad puede ser verificada.

Hay expresiones que sólo tienen un significado expresivo. Exclamar “¡ay!, por haber sufrido una quemadura, es exteriorizar una experiencia; pero no representa nada, pues esa palabra no afirma que tenga un dolor. Tales son las exclamaciones.

Las directivas son expresiones emitidas con la intención “de influir directamente sobre otra persona, de manera definida”.¹⁹ Dice Ross que “la nota característica de la expresión es que la influencia es directa; es decir, es ejercida por la fuerza sugestiva o por la presión contenida en la expresión misma y no transmitida por la comunicación de una aserción”. Las directivas son expresiones sin significado representativo, usadas con el propósito de ejercer influencia.

Para Ross no hay duda de que las normas jurídicas son directivas: “Las leyes no se sancionan para comunicar verdades teóricas, sino para dirigir el comportamiento de los hombres . . . a fin de que actúen de una cierta manera deseada. Un parlamento no es una oficina de informaciones, sino un órgano central de dirección social”.

Sin embargo, la ciencia jurídica, la ciencia del derecho, hace aserciones sobre el derecho, que tienen toda la apariencia de ser también directivas. Para Ross la ciencia del derecho tiene que describir su objeto, no prescribir conductas, por tanto, tiene que hacer aserciones y no formular directivas. Las proposiciones de un libro de ciencia ju-

¹⁸Cfr., *Sobre el derecho y la justicia*, pp. 7-8. Corresponde señalar que Ross volvió sobre estos temas en su obra posterior, pero ya alejado de la influencia kelseniana.

rídica, tienen que comprenderse “con la salvedad general de que el autor está exponiendo el derecho vigente dentro de un sistema jurídico específico”. Por ello, es necesario aclarar lo que deba entenderse por “derecho vigente”.

Ross intenta inicialmente acercarse a una descripción del objeto del derecho recurriendo al modelo de un juego como el ajedrez. Continúa luego:

Derecho vigente significa el sentido abstracto de ideas normativas que sirven como un esquema de interpretación para los fenómenos del derecho en acción, lo que a su vez significa que estas normas son efectivamente obedecidas y que lo son porque ellas son vividas (*experienced and felt*) como socialmente obligatorias.¹⁹

Esta conclusión es decepcionante. Como es sabido, Ross se afilia a la escuela denominada “realismo jurídico escandinavo”, cuya intención antimetafísica es declarada expresamente por sus partidarios. Considera Ross que el derecho es un fenómeno social y que debe ser entendido en “términos de la efectividad social de las normas jurídicas”. El realismo jurídico tiene dos variantes, la psicológica y la conductista, que Ross caracteriza en los siguientes términos:

Mi punto de vista es conductista en la medida en que busca hallar consistencia y predicibilidad en la conducta verbal, exteriormente observada, del juez. Es psicológica en la medida en que la aludida consistencia es la de un todo coherente de significado y motivación, únicamente posible sobre la base de la hipótesis de que en su vida espiritual el juez se haya gobernado y motivado por una ideología normativa cuyo contenido conocemos.²⁰

Si Ross desea concebir la expresión “derecho vigente” como un conjunto de ideas normativas que sirven como esquema de interpretación para fenómenos del derecho en acción, sólo tendremos que decir que expresa lo mismo que Kelsen cuando éste señala que toda norma es un esquema de interpretación de la conducta humana. Ross agrega

¹⁹*Op. cit.*, p. 18.

²⁰*Op. cit.*, p. 17.

el elemento de la “idea normativa”, con lo que introduce un elemento psicológico interno que no está claramente definido. Cuál sea la psicología a la que Ross recurre, es cosa que no queda aclarada en su libro. Cuando señala que el derecho es efectivo, repite lo dicho por Kelsen. Pero al explicar esta noción de efectividad recurre a elementos perfectamente metafísicos, como son las experiencias y sentimientos de una “obligatoriedad” social que han de tener los jueces. ¿Cómo podrían verificarse empíricamente tales afirmaciones sobre los sentimientos del juez? Y ¿qué es un sentimiento de “obligatoriedad social”?

En peor situación se encuentra Karl Olivecrona, otro autor escandinavo, autor de un libro denominado *El derecho como hecho*,²¹ en el que en la primera parte libra una quijotesca batalla contra el fantasma que denomina “la fuerza obligatoria del derecho”. Este fantasma lo intenta disolver en la común y vulgar afirmación de que “las normas del derecho son motivos naturales -entre otros- de las acciones de los jueces en caso de litigio, así como de la conducta general de las personas en sus relaciones recíprocas”.²²

Las explicaciones dadas con anterioridad a la postura de Kelsen aclaran estas afirmaciones elementales. El alejamiento del postulado de la pureza metódica conduce a afirmaciones tan vagas, como la siguiente, de nuestro belicoso autor:

En rigor, el derecho de un país consiste en una masa inmensa de ideas relativas a la conducta humana, acumuladas durante centurias a través de innúmeros colaboradores. Estas ideas han sido expresadas en forma imperativa por sus autores, especialmente a través de la legislación formal y se las conserva en la misma forma en los repertorios legales. Las ideas reviven una y otra vez en las mentes humanas acompañadas por la expresión imperativa: Esta línea de conducta debe ser seguida, o algo parecido al mismo efecto.²³

²¹*Law as fact*, 1a. ed., 1939 (hay traducción castellana, Buenos Aires, 1959). Olivecrona publicó, bajo el mismo título, una segunda versión de *Law as fact*, que introduce considerables modificaciones en el texto original. Aquí se alude solamente a la primera versión.

²²*Op., cit.*, p. 6.

²³*Op., cit.*, p. 32.

Esta vaguedad tiene que conducirlo a la imposibilidad de distinguir entre la moral y el derecho, así como de cualquier otro tipo de reglas sociales. La razón de ello estriba en que contrariamente al derecho que se encuentra epistemológicamente constituido por la ciencia jurídica, como un objeto unitario, respecto del cual pueden formularse aserciones verificables objetivamente, la remisión a la moral no permite referirse a ningún objeto epistemológicamente constituido.²⁴

3. La pureza metódica y su sentido positivo

5. Ahora bien, paso a explicar lo que he denominado significación positiva del postulado de la pureza metódica.

Pocas veces se ha tratado explícitamente esta significación.²⁵ Su raíz se encuentra en la filosofía kantiana. Sabemos por su biógrafo, el Profesor Rudolf Aladar Métall, que Kelsen decidió nombrar a su teoría como Teoría pura del derecho, después de una visita que hizo en Marburgo a Hermann Cohen, el filósofo neokantiano.

¿Cuál es la significación de la pureza, en este sentido kantiano y qué datos objetivos tenemos de ello?

En primer lugar, la explícita manifestación, en el prólogo de la *Teoría general del Estado* de 1925, donde Kelsen señala las “directrices” de su labor teórica, directrices que, en su opinión, compartían Karl Friedrich Von Gerber, Paul Laband y Georg Jellinek. Dice que esta corriente doctrinaria, dirigida contra la especulación metafísica y jusnaturalista del siglo XIX, estaba influida por la crítica kantiana de la razón, cuyos momentos principales son los siguientes:

- a) dualismo de ser y deber ser;
- b) sustitución de hipóstasis y postulados metafísicos, por categoría trascendentales como condiciones de la experiencia;
- c) transformación de antítesis absolutas extrasistemáticas, en diferencias relativas e intrasistemáticas, y

²⁴Cfr. del autor. “El sistema del derecho y sus implicaciones”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, tomo XXII, núm. 87-88, 1973.

²⁵Cfr., *inter alia*, Gioja, “El tema de la Teoría Pura del Derecho”, en *Ideas para una filosofía del derecho*, Buenos Aires, 1973, tomo I, p. 83 y ss.

d) abandono del psicologismo por la validez lógico-objetiva de los juicios.²⁶

Por el otro lado, en la *Teoría Pura del Derecho* de 1934, al explicar lo que denomina el deber ser o imputación, como enlace específico de un supuesto y una consecuencia, dice que constituye una “categoría gnoseológica-trascendental en el sentido de la filosofía kantiana, no una categoría metafísico-trascendente”.²⁷

Esta es una declaración perfectamente explícita y es sabido, por otros trabajos suyos, que la teoría kelseniana se atenía a los lineamientos filosóficos de Kant.

Esto me permite sustentar una interpretación positiva del postulado de la pureza metódica, que creo encontrar en Kelsen. Observaré que este postulado tiene diversas consecuencias, que no siempre fueron seguidas consecuentemente por nuestro autor.

Debemos preguntarnos: ¿qué significa la pureza en una teoría sobre el derecho? O mejor: ¿cómo entendió Kelsen la pureza kantiana de su doctrina? Es sabido que Kelsen no fue un kantiano ortodoxo, a la manera de Stammler. Sabemos, por el significado negativo de la pureza, que en su teoría no hizo consideraciones sobre la justicia o la virtud; que explícitamente rechazó la doctrina kantiana de la moral contenida en la *Crítica de la razón práctica*. Ello significa (como explícitamente me lo manifestó en una conversación), que sólo aceptaba de Kant los planteamientos contenidos en la *Crítica de la razón pura*.²⁸

Para contestar estas preguntas hechas, debemos ver, brevemente, lo que dice Kant distingue sobre la distinción entre “juicios de percepción” y “juicios de experiencia”.²⁹

Según Kant, los juicios de percepción son juicios empíricos y, por lo tanto, son sintéticos. Su objeto es enlazar diversas percepciones

²⁶Cfr., *Teoría general del Estado*, ed. cit., p. VIII.

²⁷Cfr., *Teoría Pura del Derecho*, ed. cit., pp. 50-51.

²⁸Consta en corroboración de lo afirmado, el apéndice sobre “Die Normen der Gerechtigkeit”, de la segunda versión, de 1960, de la *Teoría Pura del Derecho*, que reitera la crítica a los conceptos kantianos sobre la razón práctica.

²⁹Remito aquí a *Prologomena zu einer zukünftige Metaphysik*, parágrafo 19.

de un sujeto determinado, de acuerdo con las leyes de la asociación que los filósofos ingleses habían investigado con gran minuciosidad. Según estos juicios “podría yo decir solamente, cuando sostengo un cuerpo, que siento una presión del peso”. En este caso, al sostener un cuerpo, mi juicio de percepción tendría que enlazar únicamente el concepto de cuerpo con el concepto de presión y de peso, y decir: siento la presión del peso de este cuerpo. No podría, decir, en cambio: este cuerpo es pesado él mismo, objetivamente. En el juicio de percepción se unen dos representaciones existentes en un sujeto. En cambio, en el juicio de experiencia, por ejemplo, “este cuerpo es pesado”, se da un cambio fundamental. Kant lo expresa así, en el juicio de experiencia, “el cuerpo es pesado” significa “que estas dos representaciones están enlazadas en el objeto, es decir, sin distinción del estado del sujeto y no sólo yuxtapuestas en la percepción, por mucho que ésta se repita”.³⁰ Dice Kant que la cópula “es” está en los juicios para distinguir “la unidad objetiva de representaciones dadas, de la subjetiva”, pues “esa cópula señala la referencia de las representación a la apercepción originaria y la unidad necesaria de las mismas, aún cuando el juicio sea empírico, y, por tanto, contingente”.

Para ser más explícito, debemos decir con Kant, que los juicios de percepción “expresan solamente una relación de dos estados de la sensibilidad en el mismo sujeto”. Existen dos percepciones y están enlazadas en una conciencia, lo que se expresa diciendo: “siento el cuerpo pesado”.

Otra cosa acontece con los denominados juicios de experiencia. Estos también son sintéticos y empíricos:

Lo que me enseña la experiencia bajo ciertas circunstancias, me lo debe enseñar siempre, y también a los demás, y la validez de lo mismo no se limita al sujeto a su estado actual. Por eso declaro todos estos juicios como objetivamente válidos. . . Exijo que este enlace se haga bajo una condición que lo convierta en generalmente válido; exijo que yo mismo, en todo tiempo y también todos los demás, hayan de enlazar necesariamente la misma observación bajo las mismas circunstancias.³¹

³⁰*Ibidem.*

³¹*Op. cit.*, 19.

Entonces, todos nuestros juicios empíricos son, primero juicios de percepción; valen para un sujeto en tanto que relacionan dos representaciones del mismo.

Sólo después les damos una nueva relación, a saber: una relación con un objeto y los hacemos valer para nosotros en todo tiempo e igualmente para cualquier otro, pues si un juicio concuerda con un objeto, deben todos los juicios sobre el mismo objeto concordar también, y así la validez objetiva de los juicios de experiencia no significa otra cosa que la necesaria validez general de los mismos. Pero también, por el contrario, si encontramos causas para tener un juicio por necesario y generalmente válido, debemos tenerlo por objetivo; esto es, que no exprese solamente una relación de la percepción con un sujeto, sino una propiedad del objeto.³²

Entonces, la cópula “es”,³³ como estandarte de la objetividad de un juicio, expresa la “unidad” necesaria de las representaciones, y esta unidad universal o necesaria de las representaciones sólo es posible por medio de lo que Kant denomina los “conceptos puros del entendimiento” o categorías. Estos conceptos o categorías en Kant tienen por función determinar la forma del juicio que enlaza la “conciencia empírica de las intuiciones en una conciencia en general, y, de este modo, proporciona validez general al juicio empírico”.³⁴

Para explicar esto más sencillamente, en terminología más moderna y accesible, diríase: si todos los juicios de percepción pueden ser conectados en un sistema universal de juicios, como los de la física de Newton, entonces estos juicios son objetivamente válidos. Esta integración de los juicios en un sistema es posible, para Kant, tan sólo porque están ordenados por ciertos conceptos no empíricos, sino puros, denominados “categorías”. Estas garantizan la unidad universal de nuestros juicios y la construcción del sistema. Por ello, son las condiciones de posibilidad del conocimiento de la naturaleza.

³², *Op. cit.*, párrafo 19.

³³Queda entendido que las variadas funciones lógicas de la denominada “cópula” que conoce la lógica moderna, no interesan en este contexto, en que Kant se refiere a la función predicativa exclusivamente.

³⁴*Op. cit.*, párrafo 20.

6. Kant, para construir su doctrina, tuvo frente a sí la física de Newton y se preguntó por sus condiciones de posibilidad. Su problema era explicar la validez de los juicios de la física newtoniana, no explicar la naturaleza. Sin embargo, afirma como proposición fundamental de su teoría, que la unidad de la ciencia constituye la unidad de las percepciones a las que la ciencia se refiere. A esta unidad de las percepciones, una vez conseguida, la denomina “objeto”. Por eso, la unidad de la ciencia es la que constituye el objeto del conocimiento. Y esto, entonces, resulta claro, puesto que la palabra “objeto” sólo significa aquí la unidad de las percepciones conseguida por la unidad de la ciencia física. El conocimiento constituye, en este sentido y sólo en este sentido, su objeto.

Estos son los antecedentes kantianos que hay que tener presente para entender a Kelsen. Paralelamente a este discurso del filósofo de Königsberg, el jurista vienés construye su teoría. El problema es: ¿cómo puede construirse una teoría unitaria del derecho positivo? ¿cómo es posible una teoría sistemática del derecho positivo o del Estado?

En la *Teoría general del Estado* de 1925 se dice:

En la exposición de la Teoría general del Estado lo que interesa es más bien establecer, mediante el análisis de los problemas corrientemente tratados en esta disciplina, aquel concepto de Estado en torno al cual giran todos o algunos, los más importantes, de aquellos problemas: es decir, el concepto de Estado que presuponen la doctrina del poder, del territorio, del pueblo, de la constitución, de la forma, de los órganos, de las uniones entre Estados, etc., . . . y esto no es posible más que a condición de aceptar el hecho de esta ciencia en cuanto tal, de considerar esta ciencia como la unidad de un determinado complejo de problemas, tal como históricamente ha venido desarrollándose.³⁵

En este párrafo lo que importa destacar es la expresión “considerar esta ciencia como la unidad de un determinado complejo de problemas”. Es decir, en sentido kantiano, la unidad del objeto de la ciencia jurídica.

Pues bien, los conceptos jurídicos fundamentales, como los de imputación, sanción, antijuridicidad, obligación, facultad, etcétera,

³⁵*Teoría general del Estado*; trad. de L. Legaz y Lacambra, Editorial Labor, p. 6.

son los que posibilitan la unidad de la ciencia del derecho y, consecuentemente, la unidad del derecho como objeto. Es por esto que estos conceptos son categorías gnoseológicas trascendentales en el sentido de la filosofía kantiana.

Esto también puede expresarse diciendo que la Teoría pura del derecho es teoría general del derecho en tanto que al concebir unitariamente al derecho pone las condiciones de posibilidad de la ciencia del derecho. Quizá lo más adecuado fuera presentar las cosas de esta manera: han existido ciencias o doctrinas dogmáticas que exponen el contenido del derecho positivo, vigente en un lugar y tiempo determinados: derecho civil mexicano, derecho penal italiano, derecho procesal civil suizo, derecho constitucional norteamericano, etcétera, etcétera. Todas estas descripciones han de poder ser comprendidas *unitariamente*, es decir, recurriendo al mismo marco teórico conceptual, en atención a los conceptos que utilizan para llevar a cabo sus descripciones y sistematizaciones. Todas ellas utilizan una serie de conceptos fundamentales para llevar a cabo su función explicativa: el concepto de norma, de deber, de derecho subjetivo, de facultad, de persona, etcétera. Si se lograra una determinación suficiente de estos conceptos generales, que permitiera hacer la descripción y sistematización de los contenidos de las normas positivas de cualquier orden jurídico, entonces se podría considerar, kantianamente, que los enunciados de la ciencia jurídica pueden lograr validez objetiva. Pues bien, esta es precisamente la función de la Teoría Pura del Derecho. “La Teoría Pura del Derecho -dice Kelsen- es una teoría del derecho positivo. Del derecho positivo a secas, no de un orden jurídico especial. Es teoría general del Derecho”.³⁶

Sin embargo, estas expresiones no son del todo exactas. Con mayor precisión podría decirse que la teoría general del derecho o la Teoría Pura del Derecho proporciona a la teoría dogmática o positiva del derecho, los conceptos con arreglo a los cuales esta última disciplina puede llevar a cabo su labor descriptiva y sistematizadora de los contenidos de las normas de un orden jurídico específico o determinado.

³⁶*Teoría Pura del Derecho*, 1a. ed., p. 25.

Así, estos conceptos se convierten en categorías gnoseológico-trascendentales, en tanto señalan como los juicios empíricos sobre derechos positivos particulares pueden enlazarse sistemáticamente.³⁷ Estos enunciados empíricos sobre un derecho en particular vendrían a constituir los juicios de percepción jurídicos que preceden a los juicios de experiencia jurídicos, que serían aquellos en los cuales se ha conseguido, mediante los conceptos jurídicos fundamentales, la concepción unitaria de todo orden jurídico positivo.

Esto se encuentra implícito en el siguiente párrafo de Kelsen, al defender la legitimidad de una ciencia normativa del derecho, en contra de la tesis que denomina “anarquismo teórico”, que pretende concebir al derecho sin el concepto de norma, como probabilidades o predicciones probabilitarias de la conducta humana. Dice que con su teoría:

. . . no cree necesario deducir la consecuencia de que sea menester renunciar a la categoría del deber ser en general, y con ella, a una teoría normativa del derecho: es decir, a una penetración cognoscitiva y elaboración sistemática de los substratos espirituales que ante todo otorgan el sentido del derecho a los actos naturales que los sustentan. La posibilidad y necesidad de semejante teoría ya ha sido demostrada por el hecho milenario de la ciencia jurídica que, en tanto exista un derecho, está al servicio, como jurisprudencia dogmática, de las necesidades espirituales de los que se ocupan con el derecho.³⁸

Esta es, a mi modo de entender, la significación positiva del postulado de la pureza metódica. Constituye el fundamento filosófico de toda la construcción kelseniana. Puede afirmarse que esta significación condiciona todas las afirmaciones de Kelsen. También hay que

³⁷Corresponde señalar que la función sistemática apuntada aquí se refiere al problema de la unidad sistemática de las categorías o conceptos fundamentales de una ciencia. En consecuencia, no deberá confundírsela con los problemas de sistematización que lleva a cabo la jurisprudencia positiva con criterios diferentes a los puramente categoriales. Me refiero a las clasificaciones tales como las de derecho público y privado, civil y penal, internacional y nacional, etcétera.

³⁸*Ibidem*, p. 65. En estricto rigor, Kelsen califica sólo a la imputación o al deber ser de categoría gnoseológico-trascendental en sentido kantiano. Sin embargo, por analogía con el pensamiento kantiano, podría sostenerse la existencia de otras categorías, derivadas o subordinadas, que se obtendrían a partir de las categorías originarias o primarias.

reconocer que no es muy explícito respecto de estos presupuestos en sus obras más conocidas, los que sí se encuentran explícitamente consignados en obras como *El concepto jurídico y el concepto sociológico del Estado y El problema de la soberanía y la teoría del derecho internacional*.³⁹

4. Pureza metódica y norma fundamental

7. Ahora bien, Kelsen ha dado un desarrollo detallado y minucioso de los fundamentos filosóficos expuestos. Con ello quiero decir que Kelsen ha creado una doctrina unitaria y sistemática, cuyas partes y fundamentos están relacionados íntimamente, de manera tal que la aceptación de una parte implica la aceptación del todo. Nadie puede decir que acepta la tercera ley de Newton, pero que rechaza la primera ley. La aceptación de aquélla presupone la aceptación de ésta, pues la teoría de Newton es un sistema. Sólo cambiando el sistema -es decir: haciendo otra teoría- es posible rechazar a Newton, pero este rechazo es, por así decirlo, extrínseco, no intrasistemático.

¿Cómo se puede, conforme a la teoría de Kelsen, concebir unitariamente al derecho? ¿Con arreglo a qué principio o concepto la multiplicidad de normas jurídicas, aparentemente desordenadas, pueden constituir un orden, ó como Kelsen dice de modo no del todo preciso, un sistema? ¿Cuál es el criterio teórico que nos puede permitir establecer ciertas relaciones entre las normas, de manera que éstas constituyan un orden y no una rapsodia o sucesión arbitraria de normas?

Además, este criterio debe proporcionar un método para decidir cuándo una norma forma parte de un orden y no de otro. Se trata, entonces, de establecer cuál sea el criterio de pertenencia de una norma o un orden normativo positivo. En efecto, establecido el criterio que permite ordenar sistemáticamente a un conjunto de normas, simultáneamente tendremos el criterio de pertenencia de una norma a ese conjunto.

Es muy conocido el principio ordenador que se demanda. Se trata

³⁹Cfr., *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, J. C. Mohr, 1928, y *Das Problem der Souveranität und die Theorie des Völkerrechts*, J. C. Mohr, 1928.

de la estructura jerárquica del derecho, de la famosa *Stufenbau*, cuyo creador en verdad no fue Kelsen, sino su discípulo Adolf Merkl.

Así como un enunciado forma parte de un sistema si puede ser referido a un conjunto de axiomas, a través de las reglas de deducción del sistema, así también análogamente, una norma pertenece a un orden normativo si su validez, es decir, su existencia puede referirse a una norma única, la cual se denomina “norma fundamental”. Esta norma, entonces, constituirá el fundamento de validez de todas las demás que integran el orden normativo fundado en ella.

Ahora bien, Kelsen distingue entre dos tipos de normas fundamentales y, en consecuencia, entre dos tipos de órdenes normativos. La norma fundamental del primer tipo, que constituye a los órdenes normativos denominados “estáticos”, se la supone válida en virtud de la cualidad de su contenido, porque éste es evidente, o justo, o racional, o valioso, etcétera. Dada esta norma fundamental válida por su contenido valioso, las normas que pueden derivarse de ella, por deducción lógica, integran el orden en cuestión. En estos órdenes estáticos, todas las normas que lo integran pueden referir su validez al contenido de la norma fundamental, por conducto de reglas de deducción lógica de cualquier índole. Dice Kelsen que la validez de estas normas depende del contenido de la norma fundamental, en tanto que sus contenidos pueden subsumirse lógicamente bajo el contenido de aquella, “como lo particular puede subsumirse bajo lo general”.⁴⁰ Kelsen pone estos ejemplos:

... las normas como ‘no debes mentir’, ‘no debes engañar’, ‘debes cumplir tu promesa’, se derivan de la norma fundamental de la veracidad. Pueden reducirse a la norma fundamental ‘debes amar a los otros hombres’, normas como éstas: ‘no debes causar daño a otro’, ‘debes ayudarlo en la necesidad’, etcétera.⁴¹

Considera que los sistemas morales pertenecen a este tipo de órdenes normativos:

⁴⁰*Teoría Pura del Derecho*, 1a. ed., p. 95.

⁴¹*Loc. cit.*

Lo que interesa es el conocimiento de que las numerosas normas de una moral están ya contenidas en su norma fundamental, del mismo modo que lo particular está contenido en lo general, y de que por esa razón, todas las normas particulares han de extraerse de la norma fundamental por medio de una operación de pensamiento, a saber: por una conclusión de lo general a lo particular.⁴²

Como puede observarse, se trata de una caracterización de sistemas normativos recurriendo a la metodología de los tipos ideales de Max Weber.

Me parece que, desde un punto de vista histórico y empírico, una posición similar ha sido adoptada por Moritz Schlick, el famoso filósofo de la escuela positivista lógica de Viena. En su libro, *Problemas de Ética*, señala que el objeto de la teoría ética es el bien o lo bueno y que para determinar su contenido se debe proceder inductivamente:

Debemos descubrir qué tipo de conducta (o disposiciones o cualquiera que sea el término usado) son llamadas 'buenas' por personas distintas, en diferentes tiempos, por distintos hombres sabios o escritores religiosos. Sólo de esta manera podemos llegar a conocer el contenido de este concepto.⁴³

Considera que al agrupar los casos individuales en los que algo es llamado "bueno" moralmente, deben buscarse los elementos comunes a tales casos, los caracteres en los que concuerdan para mostrar sus similitudes. Los elementos similares son las características del concepto de lo bueno y constituyen su contenido. Define, en consecuencia, la norma en estos términos:

... la característica común que exhiba un grupo de actos o disposiciones 'buenas' pueden combinarse en una regla de la forma siguiente: una forma de conducta ha de tener tales o cuales propiedades para ser llamada 'buena' (o 'mala' Tal regla también puede ser llamada una 'norma'.⁴⁴

⁴²*Loc. cit.*

⁴³Schlick, Moritz, *Problems of Ethics*, Ed. Dover, p. 12.

⁴⁴*Ibid.*, p. 14.

Una vez obtenidas varias normas, explicadas en este sentido, ellas deben ser comparadas y ordenarse en varias clases, de manera que las normas individuales de cada clase tengan algo en común y sean subsu- mibles bajo una norma superior y más general, y así sucesivamente, hasta llegar a la norma más general que puede ser aplicable a cual- quier caso de una conducta humana. Esta norma suprema sería la de- finición de “lo bueno” y expresaría su esencia universal. Sería llama- da un “principio moral”. Nada garantiza, en verdad que pueda llegar- se a un único principio moral.

Esta descripción es, a mi modo de ver, muy parecida a la dada por Kelsen, sólo que es inductiva y no deductiva. Kelsen parte, para tipificar los órdenes estáticos, del supuesto de que hay una norma fundamental. Schlick señala un procedimiento para llegar inducti- vamente a tal norma. Ambos aceptan la posibilidad de encontrar di- versos sistemas morales.

8. El otro tipo de orden normativo posee características radical- mente distintas. En estos órdenes normativos, que Kelsen denomina “dinámicos”, la norma fundamental no vale porque su contenido sea valioso, bueno, justo o conveniente. Las normas que integran el or- den no pueden derivarse lógicamente del contenido de ella. A este tipo de orden normativo pertenece el derecho y Kelsen dice:

Una norma vale como norma jurídica sólo porque fue dictada en una for- ma determinada, porque fue producida de acuerdo con una regla bien deter- minada, porque fue establecida según un método específico. El derecho vale solamente como derecho positivo, es decir, como derecho estatuido.⁴⁵

Entonces, la norma fundamental de un orden jurídico positivo no es otra cosa que “la regla fundamental de acuerdo con la cual son producidas las normas del orden jurídico: la instauración de la situa- ción de hecho fundamental de la producción jurídica”.⁴⁶

En la positividad del derecho estriba la diferencia fundamental con la moral o con el derecho natural, pues esos órdenes se forman por

⁴⁵*Teoría Pura del Derecho*, 1a. ed., p. 97.

⁴⁶*Ibidem*, pp. 96-97.

deducción de una norma fundamental que se considera evidente en “virtud de su contenido, en cuanto emanación de la voluntad divina, de la naturaleza o de la razón pura”.⁴⁷

En consecuencia, en este tipo de orden normativo, toda norma ha de estar instituida por un acto específico, históricamente condicionado, comprobable empíricamente como un acontecimiento témporo-espacial.

Una constitución es creada por un acto o procedimiento constituyentes que tienen lugar en un lugar y tiempo determinado; una ley es establecida por un órgano específico y es dictada en cierto tiempo y lugar determinados; un contrato se celebra en una fecha y por contratantes individualmente determinados: una sentencia es emitida por un tribunal en cierto lugar y fecha.

Debe hacerse una aclaración adicional: un determinado acto o procedimiento se considera como productor de una norma o conjunto de normas, en virtud de que otra norma, denominada “norma superior”, le confiere esa calidad. En consecuencia, la llamada norma superior otorga a ciertos actos realizados por ciertos sujetos en cierta forma, tiempo y lugar, el carácter de actos productores de otras normas, las que reciben el nombre de “normas inferiores”. Esta pluralidad de normas instituidas o producidas pueden referirse, en cuanto a su validez o existencia, a una norma única, que recibe el nombre de “norma fundamental”, porque han sido creadas de conformidad con el procedimiento establecido en ellas, o por el procedimiento establecido en otra norma inferior a ella, la cual a su vez fue creada conforme a esa norma fundamental:

Si acaso se pregunta por qué razón determinado acto coactivo, como el hecho de que un hombre prive a otro hombre de la libertad, encerrándolo en una cárcel, es un acto jurídico y pertenece por tanto a determinado orden jurídico, síguese como respuesta: porque ese acto fue prescrito por una norma individual determinada, por una sentencia judicial. Si se pregunta luego por qué vale esa norma individual y justamente como parte constitutiva de un orden jurídico bien determinado, hé aquí la respuesta que recibe: porque fue

⁴⁷*Ibidem*, p. 48.

dispuesto de conformidad con el código penal, y si se pregunta por el fundamento de validez del código penal, se viene a parar a la constitución del Estado, con arreglo a cuyas prescripciones fue creado el código penal por el órgano competente para ello, en un procedimiento prescrito por la constitución.⁴⁸

Así da respuesta Kelsen a las preguntas de cuándo un conjunto de normas forman un orden y cuál es el criterio de frecuencia de una norma a un orden determinado.

Lo anterior, constituye desarrollos específicos del postulado de la pureza metódica en sus dos dimensiones o significaciones. En primer término, con estos desarrollos no se hace explicación causal alguna sobre el origen de los actos de creación normativa ni, y en segundo lugar, se justifica como bueno o adecuado o justo el orden jurídico. Simplemente se lo describe en su estructura. Esto en lo que hace a la dimensión negativa. En cuanto a la positiva, ofrece un criterio ordenador de la multiplicidad de normas jurídicas, de manera que éstas constituyan un orden, una unidad; o empleando la específica terminología kantiana, se da así el criterio de la constitución epistemológica del objeto del conocimiento jurídico.

9. Con esto cabe entrar a tratar un tema controvertido intensamente: el de la norma fundamental.⁴⁹

Su conexión con la idea de un sistema dinámico de normas puede hacerse de la siguiente manera: si toda norma jurídica vale como norma positiva, i.e., como norma puesta o instituida, entonces surge intrasistémicamente la pregunta de cuál sea el fundamento normativo de la validez de la constitución. No hay duda de que la constitución está integrada por normas positivas, pues ha sido creada por un órgano constituyente. Conforme a las exigencias del criterio de un sistema dinámico, el acto constituyente debe recibir esa cualificación de una norma superior que le otorgue ese carácter creador de nor-

⁴⁸*Ibidem*, pp. 97-98.

⁴⁹La norma fundamental ha provocado una extensísima y polémica literatura. La noción misma tuvo diversas variantes en la evolución del pensamiento kelseniano. Me refiero aquí a la concepción desarrollada a partir de 1925 en la *Teoría general del Estado* hasta la segunda edición de la *Teoría Pura del Derecho* (1960).

mas. Si, por de pronto, prescindimos del derecho internacional, Kelsen proporciona la siguiente solución: ha de suponerse una norma que confiera al órgano de constituyente su calidad de tal, al estatuir sus actos como actos creados de la constitución.

Para Kelsen se trata de una norma no positiva, sino supuesta. Es la hipótesis básica del sistema.

El derecho es para Kelsen un orden coactivo de la conducta humana, es decir, un conjunto de normas que ordena la coacción dados ciertos supuestos. Por ello, formula esta norma hipotética fundamental en los siguientes términos: “debe realizarse la coacción bajo las condiciones y en la forma que determinan el primer constituyente o las instancias en que él hace delegación”.⁵⁰

A esta formulación podría llamársele “formulación que atiende a la coacción”. No habría inconveniente alguno de hacer su formulación atendiendo al elemento del delito o de la antijuridicidad. La formulación que atiende al delito, como lo llamaríamos, diría “deben considerarse delitos aquellos actos establecidos bajo las condiciones y en la forma que determinan el primer constituyente o las instancias en las que él hace delegación”. Si se atiende al concepto de obligación, podría formularse así la norma fundamental hipotética: “sólo existen obligaciones establecidas bajo las condiciones y en la forma que determina el primer constituyente o las instancias en las que él hace delegación”.

Estos ejemplos demuestran que la norma fundamental hipotética puede formularse atendiendo a cualquier concepto jurídico fundamental. También, de modo más general, podrá formularse: “es derecho lo establecido por el primer constituyente o las instancias en las cuales delegue”

Sea cualquiera la forma como se formule la norma fundamental hipotética, ha merecido diversas críticas, las que no examinaremos en este lugar. Simplemente diré que Kelsen acepta como fundamento normativo de un orden jurídico positivo, una norma no positiva. Es decir, la norma fundamental hipotética, en tanto que norma no positiva no puede valer como parte integrante del orden jurídico. La

⁵⁰*Teoría Pura del Derecho, ed. cit., p. 98.*

razón de ello es que si fuera una norma positiva tendría que ser objeto de estudio de la jurisprudencia y no lo es. Ahora, si fuera objeto de estudio de la jurisprudencia, tendría que ser una norma positiva, que no es, pues el objeto de estudio de la jurisprudencia es tan sólo el derecho positivo.

Posteriormente Kelsen rechazó su propia doctrina de la norma fundamental, entendida como norma no positiva. Esto aconteció en una mesa redonda donde se discutía el tema del derecho natural en la teoría política.⁵¹

Kelsen sostuvo, refutando una afirmación del profesor René Marcic, lo siguiente:

Yo he hablado en mis anteriores escritos de normas que no son el sentido de actos de voluntad. He presentado toda mi teoría de la norma fundamental como si fuera una norma que no es el sentido de un acto de voluntad, sino que es supuesta por el pensamiento. Ahora debo, lamentablemente, aceptar, señores, que esta teoría no la puedo sostener, que debo renunciar a ella. Me pueden creer que no es para mí fácil renunciar a una teoría que yo he representado durante decenios. He renunciado a ella en el conocimiento de que un deber tiene que ser el correlato de un querer. Una norma fundamental es una norma ficticia, que presupone un acto de voluntad ficticio que establece esta norma. Es la ficción de que debe ser lo que una autoridad quiere. Me reprochan con razón que yo hable contra una teoría propia que he representado durante años. Esto es completamente correcto: tengo que modificar mi teoría de la norma fundamental y su representación correspondiente. No puede haber una norma puramente pensada, es decir, normas que no son el sentido de actos de voluntad, sino que son el sentido de actos de pensamiento. Lo que se piensa con la norma fundamental es la ficción de una voluntad que en realidad no existe.

Con esto, Kelsen, al final de su vida, aceptó la crítica dirigida a su teoría de la norma fundamental entendida como una norma jurídica no positiva, sino meramente presupuesta. La aceptación de esta crítica parece totalmente congruente y demuestra una ejemplar honestidad intelectual, quizás sólo comparable con la de Frege. Debo confe-

⁵¹Cfr. *Zeitschrift für öffentliches Rech*, Springer Verlag, tomo XIII, cuadernos 1 y 2, 1963, pp. 119-120.

sar que la correlación entre acto de voluntad y deber me parece confusa y desorientadora. ¿Qué es un acto de voluntad? ¿Es algo psicológico? Y si así lo fuera, ¿de dónde deriva su calidad creadora de normas?⁵²

Sin embargo, debe analizarse con más cuidado esta tesis y qué dice Kelsen de ella. En la *Teoría Pura del Derecho* de 1934, afirma: “He aquí el supuesto fundamental de que parte todo conocimiento del orden jurídico. . .: que ha de valer como norma aquello que el primer órgano constituyente histórico ha manifestado como voluntad suya”.⁵³

En la *Teoría General del Derecho y del Estado* dice: “la validez de esta primera constitución es el *supuesto* último, el *postulado* final del que depende la validez de todas las normas de nuestro sistema jurídico”.⁵⁴ Reitera lo que es una norma fundamental y agrega:

. . . La norma básica no es formulada mediante un procedimiento jurídico por un órgano creador de derecho. A diferencia de la norma jurídica positiva, la básica no es válida porque sea creada de cierto modo por un acto jurídico, sino porque se supone que es válida; y tal suposición se hace porque, sin ella, ningún acto humano podría ser interpretado como acto creador de normas jurídicas.⁵⁵

De estos párrafos pueden desprenderse estas conclusiones:

- a) Hay un supuesto fundamental del que parte todo conocimiento del orden jurídico;
- b) Este supuesto fundamental consiste en la afirmación de que vale como norma aquello que el primer órgano constituyente ha establecido; y
- c) De este supuesto fundamental depende la validez de todas las normas del orden jurídico.

⁵²Cfr., del autor, “Consideraciones sobre ‘Derecho y Lógica’ de Hans Kelsen”, *Crítica*, vol. X, núm. 30, 1978, p. 60 y ss. Con respecto al origen de este problema, *cfr.*, el planteo E. Mally, “*Logik des Sollens*” y el comentario en “Deontic modalities in jurisprudence”, del coautor de este libro (Actas Simposio de Filosofía, Oaxaca, 1981).

⁵³*Teoría Pura del Derecho*, *ed. cit.*, p. 98.

⁵⁴*Teoría General del Derecho y del Estado* (1945).

⁵⁵*Ibidem*, p. 137.

En las afirmaciones *a)* y *c)* encontramos la contradicción central. La primera afirma que existe “un supuesto fundamental del que parte todo conocimiento jurídico” y la segunda de que “de dicho supuesto fundamental depende la validez de todas las normas positivas”. En la tesis *c)* se incurre en la ficción de una norma existente, puesta por el conocimiento, que fundamenta la validez de las restantes normas del orden jurídico, integrado por normas positivas. En esta coyuntura, podemos hacer una de tres cosas: tratar de amalgamar ambas tesis, reducir una a la otra o desechar una de ellas.

Amalgamarlas parece imposible; además, no hay razón alguna para intentarlo, pues el defecto está en la ficción misma de una norma presupuesta por el pensamiento. Por razón idéntica, la segunda alternativa no es posible, pues la ficción excluida impide la reducción deseada.

La tercera alternativa es la única viable. Por lo dicho anteriormente, me inclino por rechazar la tercera tesis. No hay tal norma fundamental ficticia creada por el pensamiento.

10. Partamos pues de las dos primeras tesis, que son suficientes a los efectos de este análisis. Pienso que el principio ordenador de una pluralidad de normas lo proporciona la jurisprudencia, la ciencia del derecho. Este principio es un criterio teórico explicativo, sistematizador. La pluralidad de normas no constituyen, en principio, sino un abigarrado conjunto no ordenado; adquieren una estructura, un orden por el criterio expuesto de unidad de las normas por el principio dinámico de ordenación. Este principio, indudablemente, es proporcionado por la ciencia del derecho, que constituye su objeto como un conjunto ordenado de normas. Por tanto, es este principio una hipótesis fundamental de la jurisprudencia, no del derecho. Este es objeto de aquélla y como tal, como materia a explicar, no tiene ningún supuesto o hipótesis. Por lo demás, una norma jamás constituye la explicación de otra norma. Ellas son el objeto de las explicaciones y análisis de una ciencia. El supuesto principio ordenador es proporcionado por la ciencia del derecho y constituye, sí, su hipótesis central; puede formularse así: “vale como norma aquello que el primer órgano constituyente ha establecido”. Esta es la tesis *b)*.

Analizando más finamente esta tesis, se puede arribar a la siguiente conclusión: el derecho es concebido como un conjunto de normas; y, éstas, son normas positivas.

Este supuesto central, que podría denominarse “principio fundamental de la jurisprudencia”, es el concepto mismo del derecho como un orden normativo coactivo de la conducta humana, o un orden de normas positivas coactivas. O simplemente, como orden coactivo de la conducta humana”, si con la palabra “orden” se hace referencia al concepto dinámico antes explicado.

A partir de este principio fundamental de la jurisprudencia se comprende fácilmente lo dicho por Kelsen sobre la norma fundamental hipotética, en el sentido de que confiere al acto del primer legislador y, por lo tanto, a todos los actos creadores del orden jurídico que en él se fundan, el sentido del deber ser, el sentido de ser norma válida. “En el arraiga, en último término, el sentido normativo de todas las situaciones de hecho constitutivas del orden jurídico. Sólo bajo dicho supuesto puede interpretarse como derecho, es decir, como un sistema de normas jurídicas el material empírico que se ofrece a la interpretación jurídica. . . Es sólo expresión del supuesto necesario de toda concepción positivista del material jurídico”.⁵⁶

11. Con lo anterior y de manera indirecta, se han vuelto a tocar temas tratados anteriormente, en especial el del objeto de estudio de la jurisprudencia.

El principio jurisprudencial fundamental proporciona una solución posible, aunque no la única, al problema de lo que sea el derecho positivo. Es claro que el material que se ofrece como derecho positivo y que es considerado como tal, ha sido tomado por la teoría de Kelsen de las doctrinas que existían en la época en que la elaboró, en especial, a finales del siglo pasado y la primera mitad de este siglo. Me refiero a la denominada ciencia dogmática del derecho de la tradición centroeuropea, ejemplificada en la obra de los pandectistas como Windscheid, y a la teoría del Estado que culmina en la obra de Jellinek.

En este punto es pertinente señalar lo que Hart dice sobre la regla

⁵⁶ *Teoría Pura del Derecho*, ed., cit., p. 99.

de reconocimiento. Según este autor inglés, la regla de reconocimiento:

... especificará alguna característica o características cuya posesión por una regla sugerida es considerada como una indicación afirmativa indiscutible de que se trata de una regla del grupo, que ha de ser sustentada por la presión social que el grupo ejerce.⁵⁷

Esta función de la regla de reconocimiento es la que Kelsen ha planteado con su norma fundamental hipotética. Con ella, o en su formulación en el metalenguaje de la jurisprudencia que propongo, se da un criterio que permite, en la mayoría de los casos, decidir, cuándo una norma coactiva o de derecho sustantivo pertenece a un orden jurídico positivo determinado. Son éstas las normas que Hart denomina “normas primarias”. Considera, además que existen otras normas, secundarias en su terminología que son las que Kelsen denomina de derecho adjetivo, o sea, aquellas que otorgan facultades en el sentido de que determinan los procesos de creación de otras normas, fundamentalmente de las normas primarias en sentido hartiano. Cuando nuestro juriconsulto anglosajón dice que el derecho positivo debe ser considerado como la unión de las normas primarias con las secundarias, sólo está diciendo, a mi modo de ver, que el derecho contiene normas coactivas y normas adjetivas en el sentido de Kelsen, es decir, normas que establecen el proceso de creación de otras normas. Pienso que a la teoría de Hart le hace falta precisar cuál es el tipo de unión de que habla. Es decir, como se correlacionan las normas primarias y las secundarias. Esta relación no puede inferirse de los tres tipos de reglas de que habla Hart, las de reconocimiento, las de cambio y las de adjudicación. Ello es debido a que no encara la cuestión de como juegan las reglas de cambio con respecto de las reglas de reconocimiento, ni tampoco el de cómo lo hacen éstas con respecto de aquéllas. Igualmente no aclara en forma alguna respecto de las demás combinaciones posibles que, en principio, sí encuentran, o pueden encontrar solución en el modelo kelseniano.

⁵⁷Cfr. *El concepto del derecho*; traducción castellana de G. R. Carrió, ed. Abeledo-Perrot, 1959, p. 117.

Sin embargo, hay en cierto sentido un paralelismo entre las afirmaciones de Hart y las de Kelsen, cuando ambos tipifican la función de la regla de reconocimiento y de la norma fundamental hipotética. Kelsen dice que su norma fundamental hipotética sólo intenta “poner al descubierto, mediante un análisis del proceder efectivo las condiciones lógico-trascendentales del método del conocimiento positivo del derecho que se practica desde tiempo inmemorial”.⁵⁸ Por su parte Hart dice que:

... en la mayor parte de los casos la regla de reconocimiento no es expresada, sino que su existencia se muestra en la manera en que las reglas particulares son identificadas, ya por los tribunales u otros funcionarios, ya por los súbditos o sus consejeros.⁵⁹

Eugenio Bulygín, en un artículo denominado “Sobre la regla de reconocimiento”,⁶⁰ después de definir recursivamente una regla tal para un orden jurídico hipotético muy simple, dice que se trata de una definición y que, por tanto, carece del valor de verdad. No creo que sea ésa la interpretación que Hart aceptaría. Basta pensar qué tendría que contestar Hart si se formulara una regla de reconocimiento de un orden jurídico particular, que permitiera decidir, contrariamente a lo que hacen los jueces y funcionarios de un país en un tiempo específico, que las normas de algún derecho natural también forman parte del orden jurídico. Creo que Hart rechazaría como falsa semejante formulación, y lo haría así porque la regla de reconocimiento tiene un contenido empírico.

Análogamente podría decirse de la norma fundamental hipotética o de la proposición fundamental de la jurisprudencia, como la hemos llamado, lo que Bulygín dice de la regla de reconocimiento. La norma fundamental hipotética no podría ser formulada considerando como órgano creador de la norma positiva superior a una persona o conjunto de personas cuyos órdenes no fueran eficaces.

⁵⁸*Teoría Pura del Derecho*, ed. cit., p. 100.

⁵⁹*Op. cit.*, p. 127.

⁶⁰*En Derecho, filosofía y lenguaje*, 1976, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1976, p. 31 y ss.

Lo que sí es correcto, a mi modo de ver, es que todo jurista debe delimitar su objeto de conocimiento por alguna regla de reconocimiento, o norma fundamental hipotética, o recurriendo a cualquier otro supuesto determinado. A quien considere derecho válido al derecho natural, colocará un contenido valioso determinado en la norma fundamental hipotética o en la regla de reconocimiento. Claro está que entonces se suscitarán una multitud de problemas y habría que investigar la consistencia de la solución.

12. Este es el problema que se plantea el autor norteamericano R. Dworkin en su ensayo *Is law a system of rules?*,⁶¹ cuyas tesis fundamentales ha repetido en su ensayo *A model of rules*, reproducido en el mismo libro. Su actitud central es un ataque directo al modelo positivista del orden jurídico.

Dworkin caracteriza el positivismo jurídico a partir de tres notas fundamentales:

a) El derecho de una comunidad es un conjunto de reglas especiales usadas por la misma, directamente o indirectamente, con el propósito de determinar cuál es la conducta que será castigada coactivamente por el poder público; estas reglas especiales pueden ser identificadas y distinguidas mediante criterios especiales, recurriendo a pruebas que nada tienen que ver con su contenido, sino con su *pedigree* o con la manera como han sido aceptadas o desarrolladas; b) el concepto del derecho se agota en el conjunto de estas reglas legales válidas, de manera que si un caso particular no queda claramente comprendido por ellas, el caso no puede ser decidido por medio de la aplicación del derecho. El caso tendrá que ser resuelto por un funcionario o un juez, en ejercicio de su discreción; c) afirmar que alguien tiene una obligación jurídica es lo mismo que decir que el caso cae bajo una regla legal válida que le exige hacer u omitir algo.

Esta es la tipificación de Dworkin de una teoría positivista del derecho. Como puede observarse sólo toca algunos aspectos importantes de la teoría del derecho. En especial, los derivados de las consideraciones aquí tratadas sobre el criterio para considerar si una norma

⁶¹Publicado en Dworkin R. *Taking rights seriously*, 2a. ed., Harvard U. Press.

forma parte de un orden jurídico o no y sobre el funcionamiento de tal conjunto de reglas o normas.

En realidad los puntos *b)* y *c)* son corolarios del punto *a)*, y éste consiste en una formulación más del problema de la constitución del objeto del conocimiento de la jurisprudencia.

El conocimiento jurídico tiene que partir de una hipótesis determinada, como la del principio fundamental de la jurisprudencia o norma fundamental hipotética. El constituye la unidad del conocimiento jurídico y la unidad de su objeto: el orden jurídico, pues tal criterio permite reconocer como derecho positivo lo que ha sido creado por el órgano constituyente o instancias en las que haya hecho delegación de facultades. Con esto, el derecho se nos presenta como un conjunto de normas puestas, es decir, positivas. Así, la ciencia jurídica está en posibilidad de comprender, como elementos de un único orden jurídico, tanto el conjunto de normas que se presentan a su consideración, como también a los hechos que han de ser interpretados jurídicamente. Tal hipótesis y su campo de aplicación deben ser entendidos en su recíproca relación, pues se condicionan y determinan mutuamente, de la misma manera como están correlacionados los hechos y la hipótesis en el ámbito del conocimiento natural o en cualquier otro ámbito cognoscitivo.

Si se pregunta por qué un determinado acto, por ejemplo, el pago de una cantidad de dinero, la firma de una letra de cambio, la celebración de un contrato, la emisión de una sentencia o el asesinato de un hombre, tienen una determinada calificación jurídica, la respuesta que puede y debe darse es que admiten esa calificación porque esos actos son referidos a una norma individual o general que, con su contenido, se refiere a ellos. Y si se inquieriese luego por qué esa norma vale, es decir, es parte integrante de un orden, se llegaría, a través de un número mayor o menor de etapas intermedias, a verificar que esa norma ha sido instituida por una cierta autoridad, por un cierto órgano. Determinar cuál es ese órgano o autoridad supremo, es precisamente la función de la norma fundamental hipotética, o del principio fundamental de la jurisprudencia. Un orden jurídico es sólo dado a la reconstrucción sistemática que efectúa la jurisprudencia, si ésta

parte de ese principio fundamental. Faltando tal principio, no hay orden jurídico alguno dado a la jurisprudencia. No podría, en tal caso, afirmarse la existencia de una constitución y, en ausencia de ésta, quedarían excluidas de la consideración jurisprudencial todas las normas que dependen de ella. Con lo que el derecho se nos esfumaría en el aire y quedaríamos con las manos vacías. Como juristas ya no tendríamos objeto de explicar científicamente. Tan sólo quedarían los duros hechos naturales, si se quiere, los de la economía y la sociología, pero no los de la jurisprudencia.

Como esta hipótesis central consiste en que el derecho es un orden dinámico, un conjunto de normas creadas por actos humanos, éste siempre se nos da como derecho positivo. Lo “dado” a la consideración jurídica es lo construido con arreglo a su hipótesis central, llámese norma fundamental hipotética o principio de reconocimiento, de la misma manera como lo “dado” a la mecánica es lo construido o explicado desde el punto de vista de sus leyes.

13. Precisamente el concepto de soberanía del Estado, que para Kelsen se predica del orden jurídico nacional, si se prescinde provisionalmente del derecho internacional, consiste en esto. Si el Estado es soberano, entonces debe rechazarse toda justificación del orden jurídico estatal mediante otra norma, o sea, recurriendo a un sistema normativo distinto.

En el momento en que son dadas ciertas normas jurídico positivas. . . , el sistema unitario por ellas constituido, el orden jurídico estatal, no es susceptible de ulterior fundamentación. Que el Estado sea soberano significa que se excluye, desde el principio, la posibilidad de plantearse la cuestión acerca de un fundamento de validez situado fuera del mismo sistema.⁶²

Y si este orden es un orden positivo, queda excluida la posibilidad de una fundamentación jusnaturalista, a menos que se pudiera considerar que las normas del derecho natural formarían parte integrante del mismo sistema y fueran, por lo tanto, normas creadas por actos humanos, comprendidos en el principio de reconocimiento o en el prin-

⁶²Cfr., *Teoría general del Estado, ed., cit.*, pp. 134-135.

cipio fundamental de la jurisprudencia. Pero con ello, ya no serían normas de derecho natural, sino precisamente de derecho positivo. Es decir: el derecho natural no forma parte del objeto de conocimiento de la jurisprudencia positiva.

Pues bien, Dworkin rechaza este criterio positivista y considera que el derecho no sólo consiste en *rules*, o, como diríamos nosotros, en normas de derecho positivo. Considera que también existen, en el derecho, lo que denomina “*principles, policies and other sorts of standards*”. Para explicar éstos, me referiré a uno de sus ejemplos tomados de la jurisprudencia norteamericana. Es el caso de *Riggs vs. Plamer*. En 1889, un tribunal de Nueva York tuvo que decidir si un heredero nombrado en el testamento del abuelo, podría heredar incluso en el caso en que hubiera asesinado al testador para poder heredarlo. “El tribunal declaró que el asesino no debía heredar, basándose en el principio de que nadie puede beneficiarse de su propio fraude, o sacar ventaja de sus delitos, o adquirir la propiedad de cosas por sus delitos”.⁶³

Dworkin señala que estos principios no están dados a la consideración positivista, por lo que ésta sería incorrecta e incompleta; y propone un modelo antipositivista, el cual tiene las siguientes características, que tomo el trabajo de Gerardo R. Carrió:⁶⁴

a) El derecho de una comunidad es un agregado de reglas y principios. Estos últimos pueden ser descritos así:

i) los principios no exigen un comportamiento específico. Establecen una meta por alcanzar. . . ; por lo general ‘una mejora en algún aspecto económico, político o social de la comunidad’ (*policies*), o bien . . . consagran ‘una exigencia de justicia o de equidad (*fairness*) o de alguna otra dimensión de la moral positiva’. . . ;

ii) los principios no son aplicables a la manera ‘todo o nada’. . . Más bien enuncian una razón para decidir en determinado sentido, sin obligar a una decisión particular. . . ;

⁶³Cfr., Dworkin, *op. cit.*, “Hard cases”.

⁶⁴Cfr., Carrió, G. R., *Principios jurídicos y positivismo jurídico*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970.

- iii) los principios poseen una dimensión de peso o importancia. Vale decir, unos han de tomarse en consideración preferente a otros.
- iv) el test del origen o pedigree no sirve para identificar a los principios.

Como dice Carrió, explicando a Dworkin:

. . . la afirmación de que éste o aquel principio es un principio de . . . derecho no se sustenta en una verificación tan simple (o simplista) como la que propone la teoría de la regla de reconocimiento. Se sustenta en una compleja argumentación que exige apreciar una rica variedad de standards, creencia y actitudes.⁶⁵

b) El agregado de reglas y principios que hacen el derecho excluyen la discreción judicial. Los jueces siempre son guiados por principios. c) No sólo las reglas confieren derecho e imponen obligaciones. Estos se consiguen por la operación simultánea de un conjunto de principios.

Como Carrió lo señala con toda precisión, la idea central de este modelo antipositivista es que las políticas y las demandas de una justicia positiva y de la moralidad son parte integrante del derecho: “lo disuelve en un continuo de factores e ingredientes sociales. . . las *polícies* y las exigencias de justicia y moral positivas que integran el derecho, sólo son identificables como partes de él en función de su impacto efectivo probable en el proceso de adjudicación”.⁶⁶

Estas tesis de Dworkin me parecen muy poco precisas y demasiado confusas. En primer lugar, ha destruido el objeto de estudio de la jurisprudencia, al rechazar la regla de reconocimiento deja a la jurisprudencia sin un criterio para determinar su objeto. En segundo lugar, no proporciona un criterio para determinar cuándo un principio forma parte del derecho. Nadie ha podido decir cuáles son esos principios y cuál sea su contenido. En tercer lugar ¿qué acontece cuando un principio o varios, escogidos como se quiera, contradicen una norma de derecho positivo? ¿Cómo deben obrar los súbditos, los funcionarios y los jueces? En cuarto lugar, ¿cómo se pueden considerar unariamente, dentro de un mismo orden, esos principios y las normas positivas?

⁶⁵*Op. cit.*, p. 54.

⁶⁶*Ibidem*, p. 56.

Por último, ¿podrían considerarse principios, en el sentido de Dworkin, proposiciones como las de que todo funcionario del orden nazi debe hacer lo necesario para mantener la pureza de sangre de la raza aria o que todo funcionarios debe hacer lo necesario para extender el dominio mundial comunista, o que todo funcionario debe favorecer a la clase patronal o a una minoría racial como la de Sudáfrica?

La ambigüedad en la definición de los principios y su contenido es la ambigüedad de cualquier ideología y puede conducir al derrumbe del concepto de Estado de derecho. Por otra parte, como Carrió lo ha señalado, la postura positivista permite explicar los casos, como el de *Riggs vs. Palmer*, mediante lo que Hart denomina la textura abierta del derecho y que Kelsen trata en su teoría de la interpretación jurídica.

Creo que la postura de Dworkin es el último intento teórico de introducir desorden conceptual en una disciplina teórica, pues la solución que propone produce mayores problemas que los que puede resolver.

Además, es falso que el derecho positivo no contenga normas con un contenido como el que Dworkin acepta para sus principios. Diversas disposiciones contenidas en varios códigos procesales o sustantivos contienen normas legisladas que permiten al juez resolver los casos dudosos o difíciles, como los llama.

Lo central aquí es que Dworkin no proporciona un criterio claro y definido para distinguir lo que es derecho de lo que no lo es. Y esto acontece precisamente por no proporcionarnos un criterio unitario de lo que sea un orden jurídico.

Se trata, específicamente, del problema de las relaciones entre dos órdenes normativos, problema protéico que puede tener diversas dimensiones. Si se acepta la existencia de un orden jurídico e, igualmente, se acepta la existencia de otro orden normativo, ya sea moral, religioso o de derecho natural, o el que se derive de principios como los de Dworkin, surge el problema de las relaciones entre estos diversos órdenes, cuando queremos construir un sistema que los comprenda unitariamente. Esta exigencia proviene de los postulados metódi-

dicos de toda ciencia que haya de construir sistemáticamente su objeto. La imposibilidad, hasta el momento, de unificar todos los órdenes normativos en una teoría general de las normas o de los sistemas normativos ha conducido a proponer el postulado de la pureza metódica. El postulado de la pureza es una decisión metodológica. Quizás sea también la expresión del fracaso teórico consistente en reconocer la imposibilidad de una construcción teórica unitaria, bajo un mismo y único principio, de todos los órdenes normativos. Pero este tipo de principios negativos, de demostraciones de imposibilidades, no son extrañas en este siglo. Pensemos, tan sólo, en el principio de indeterminación de Heisenberg en la física cuántica, o del teorema de Gödel en la lógica matemática. La filosofía del propio Kant no es otra cosa en el campo de la metafísica.

Este resultado negativo de la pureza metódica no es un límite absoluto impuesto al conocimiento. Los problemas están planteados. Kelsen ha demostrado que es posible lograr una unidad entre el derecho nacional e internacional, porque pueden reconstruirse con arreglo a un mismo y único principio.

Quizás sea posible -habrá que esperarlo- una teoría general de los sistemas normativos que permitan abarcar bajo un único principio sistemático todos los diversos tipos de órdenes normativos que acostumbramos considerar como de naturaleza distinta. Se han dado pasos importantes en ese sentido. Habrá que desarrollar extensamente los sistemas de lógica deóntica, experimentar con ellos, proponer modelos semánticos alternativos. A. Ross Anderson ha creado una sistematización lógica de varios conceptos deónticos, que se adapta muy bien a los conceptos jurídicos fundamentales definidos por Kelsen. Habrá que desarrollar la semántica de dichas lógicas deónticas y extenderlas en varias direcciones. La labor de la ciencia es paulatina y escabrosa. Debemos aceptar, con Popper, el principio de que aprendemos de nuestros propios fracasos. Pero creo que es importante señalar una condición: cualquier hipótesis que se postule debe permitir construir una teoría más fuerte y rica, en el sentido de que permita resolver los problemas de la teoría que se supera, más otros adicionales. Sólo satisfaciendo esta condición, estaríamos en el camino seguro de la ciencia del que hablaba Kant.