

*Roberto J. Vernengo*

**RACIONALIDAD Y CONOCIMIENTO CIENTIFICO  
EN LA JURISPRUDENCIA**

## *1. Conocimiento ingenuo del derecho y el positivismo jurídico*

1. El positivismo jurídico, tal como fuera practicado por la dogmática jurídica a partir de mediados del siglo pasado y que alcanzara un alto nivel de reflexión metodológica en la doctrina kelseniana, parte del supuesto de que la jurisprudencia, como toda ciencia, puede determinar unitariamente su objeto o campo temático. En ese respecto, el positivismo involucra una actitud contraria a la ingenua que supone que el derecho está dado ya en una experiencia precientífica y que a la ciencia sólo corresponde precisar esa comprensión previa de su objeto. El positivismo kelseniano entiende de otra manera en qué consista la tarea de determinar cuál sea el objeto de la jurisprudencia dogmática. Ciertamente es, sin embargo, que también acepta de alguna manera que el desarrollo de una ciencia es histórico y que, por lo tanto, cabe una cada vez mejor determinación del campo objetivo; esa labor puede sufrir suertes diversas y ser emprendida, incluso, desde perspectivas diferentes.

El positivismo jurídico no incurre tampoco en la simpleza de creer que la determinación del objeto de la ciencia del derecho, sea por vía de algún tipo de demostración intuitiva, o por algún modo de definición, se reduzca a la labor de especificación de un objeto único y simple. La palabra “derecho” no nombra cosa alguna simple, sino una complicada estructura fáctico-normativa. Dado que las intuiciones corrientes que podamos tener sobre los fenómenos jurídicos son enormemente ambiguas, toda definición conceptual que se proponga sobre esa base -como en las tendencias de origen fenomenológico- tienen que hacerse cargo de algún modo de la cuestión de la complejidad notoria en la construcción conceptual del objeto “derecho” y de la dificultad en poner algún orden entre las diversas características a que se preste atención para determinarlo. Sólo incurriendo en ingenuidad metódica, cabe creer que la tarea de determinación del objeto

de la ciencia del derecho quede concluida y se agote con la elaboración de alguna definición más o menos cercana a las opiniones corrientes sobre el mismo. Por el contrario, esa determinación requiere de la articulación sistemática de un conjunto de conceptos generales o categorías que sólo en su unidad sistemática servirán para delimitar un objeto “derecho” suficientemente definido como para ser tema de un conocimiento científico.

El derecho no es concebido, pues, como el correlato de un concepto simple, sino como el objeto que, en la actividad concreta del conocimiento científico, queda delimitado por el conjunto de categorías y de términos primitivos con las que el jurista efectivamente encare su campo de actividad teórica y práctica.<sup>1</sup>

Por tanto, cuando se señala que, con Kelsen por ejemplo, la noción de norma fundamental hipotética sirve como criterio categorial supremo para delimitar el campo de estudio de la jurisprudencia,<sup>2</sup> no se pretende limitar a ese único concepto o construcción conceptual todas las funciones de determinación del campo objetivo. En la Teoría pura del derecho, la norma fundamental configura el concepto central de un conjunto de categorías o conceptos generales que, en su unidad sistemática, son los determinantes de la constitución en sen-

<sup>1</sup>*Cfr.*, del autor “Nota sobre la científicidad de la jurisprudencia” (en *La Ley*, Buenos Aires, mayo de 1959): “Derecho será, pues, la totalidad de hechos que verifiquen el conjunto de proposiciones que hayamos resuelto tener por proposiciones jurídicas verdaderas. De suerte que, lo que el derecho sea, depende, en definitiva, de lo que hayamos aceptado como proposición con sentido dentro del sistema y del repertorio de hechos que consideremos verifiquen las variables proposicionales aceptadas”. Esta postura, sin embargo, es excesiva. Véase, por ejemplo, Nino, C. S., *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, México, UNAM, 1974, p. 18: “Todo científico selecciona su objeto de investigación de acuerdo con determinados criterios clasificatorios metacientíficos y el jurista debe hacer lo propio. Uno de los problemas fundamentales de la teoría general del derecho consiste en establecer criterios para acotar el objeto de la ciencia del derecho”. En relación con el papel que al respecto y en relación con la ciencia dogmática, desempeñan las denominadas “teorías generales del derecho”, véase ahora el ensayo de Pincione, G., “Sobre el *status* cognoscitivo de las teorías generales del derecho” *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Buenos Aires, núm. 1, 1981, p. 271.

<sup>2</sup>No es ésta, por cierto, la única función que la norma fundamental (*Grundnorm*) desempeña en la teoría kelseniana. Véase al respecto, del autor: “La función sistemática de la norma fundamental”, *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1960, I-II. Otros aspectos han interesado a autores como H. Hart, J. Raz, L. Vilanova, A. Pezcenik, etcétera.

tido kantiano del objeto jurídico.<sup>3</sup>

Interesa destacar en este respecto que el positivismo jurídico, representado fundamentalmente por la ciencia jurídica dogmática europea del siglo XX y por la jurisprudencia analítica anglosajona, no tiene un origen ideológico común. La dogmática jurídica continental deriva, en última instancia, de la filosofía del idealismo alemán, mientras que es la tradición empirista inglesa, con la insólita figura de Bentham, la fuente de la jurisprudencia analítica.<sup>4</sup>

Pero, tanto la dogmática continental como la jurisprudencia analítica pretenden asumir la dignidad de ciencia frente al derecho, siguiendo el modelo de otras ciencias positivas. El pensamiento de la teoría general del derecho positivista parte de ese hecho: es la ciencia el dato básico, puesto que fuera de la jurisprudencia no hay, en rigor, objeto jurídico alguno. Tanto el neokantismo que respalda el pensamiento kelseniano, como teorías de la ciencia más recientes, admiten, aunque pueda sonar paradójico, que, en sentido estricto, el denominado objeto de una ciencia -el campo temático que explora y al que se refieren sus enunciados teóricos verdaderos- no puede identificarse con objeto alguno de la experiencia cotidiana. Es verdad que la ciencia, como conjunto de conocimientos compartidos, integra hoy nuestra forma de vida cotidiana -para hablar en términos wittgensteinianos-, pero de ahí no puede concluirse que los objetos científicos

<sup>3</sup>Kelsen, como es sabido, caracteriza rigurosamente a la norma fundamental como una categoría gnoseológica. Sin embargo, otros términos técnicos del pensamiento kantiano pueden ser utilizados -en ciertos contextos- para aclarar algunas de las funciones que Kelsen atribuye a ese enunciado básico. Así, A. Gioja, en "La arquitectura del conocimiento jurídico" (en *Ideas para una filosofía del derecho*, tomo I), destaca su posible interpretación como idea trascendental. Otros autores, como J. Vilanova y el autor han destacado su posible relación con la noción de esquema trascendental; cfr. del mismo "Norma jurídica y esquema referencial", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, núm. 21, 1974.

<sup>4</sup>No son éstas las únicas formas en que cabe concebir la actitud positivista en relación con la jurisprudencia. El kelseniano se ajustaría al tipo de positivismo normativo que N. Bobbio caracteriza así: aquella línea de pensamiento que ve "el derecho como el conjunto de reglas impuestos por el poder que ejerce el monopolio de la fuerza de una determinada sociedad. . . independientemente del valor moral de sus reglas" (Cfr., *El problema del positivismo jurídico*, Buenos Aires, Eudeba, 1965). Esta descripción, sin embargo, descartaría un enfoque positivista de derechos descentralizados, como los primitivos o el derecho internacional.

se encuentren en la experiencia que ofrece el mundo vivido (el *Lebenswelt*).

El hecho de darse una ciencia jurídica positiva, constituida sistemáticamente y socialmente aceptada, es lo que hace posible investigar sus presupuestos trascendentales y, por ende, la constitución unitaria de su objeto. La vieja pregunta ontológica por el ser del derecho se transforma, para esta forma de pensar, en la cuestión por las condiciones de posibilidad del conocimiento del derecho que, de consuno, son las condiciones de posibilidad del objeto “derecho” mismo. Con ello quiere destacarse que ninguna ciencia recibe su objeto de algún conocimiento precientífico anterior; el campo temático que la ciencia investigue queda acotado mediante ciertos criterios, que son a priori respecto de la experiencia luego invocada para verificar o falsificar las hipótesis que en su respecto se formulan y que el conocimiento científico asume para hacer frente a datos que se dan caóticamente.<sup>5</sup> En ese sentido, la unidad del objeto que se logra con una sistemática conceptual como la de la Teoría pura del derecho, garantiza, en sentido kantiano, la objetividad del conocimiento y, si así se quiere, también la realidad intersubjetiva de los objetos de la experiencia.<sup>6</sup> La ciencia jurídica, como actividad racional, pretende ocuparse de esos objetos intersubjetivamente constituidos; como conjunto de enunciados, constituye el discurso racional sobre el derecho.

2. El positivismo jurídico, en su faz clásica kelseniana significa adoptar una rotunda actitud racionalista; racionalista en cuanto la verdad sobre el derecho sólo aparece en los enunciados de la jurisprudencia y racionalista en cuanto estima que sólo a través de una cien-

<sup>5</sup>Es esta una tesis que se suele atribuir a Kant, quien quizás la formuló con respecto al conocimiento científico de los fenómenos naturales. Su extensión a dominios distintos no es, sin embargo, evidente; piénsese en las ciencias formales, donde no juegan intuiciones sensibles de ninguna especie. Para Kelsen, sin embargo y en contraposición a orientaciones de tendencia fenomenológica, no tendría sentido hablar de datos jurídicos sensibles y de formas de la sensibilidad jurídica (“estética” en sentido kantiano). Lo que sí subsiste es la idea de que toda ciencia involucra una tarea de ordenación de ciertos datos.

<sup>6</sup>*Cfr.*, en este libro, *supra*, p. 30 y ss., la interpretación concordante de Schmill recurriendo a la clasificación en juicios de percepción y juicios de experiencia, expuesta por Kant en los *Prolegomena*, aplicada a la teoría kelseniana para interpretar el sentido de la pureza metódica positiva en la Teoría Pura del Derecho.

cia jurídica el objeto derecho se hace accesible y, luego, técnicamente manipulable.<sup>7</sup> Este racionalismo -que convendrá diversificar y matizar luego -suele ser repudiado por aquellos pensadores que no advierten suficientemente en qué grado la teoría general del derecho del positivismo está enraizada en una ciencia jurídica positiva existente y socialmente eficaz; ateniéndose a actitudes metodológicas irracionales, como las que cundieron en buena parte de la primera mitad de este siglo, aquellos pensadores reprochan a Kelsen el no atender a la consabida riqueza en características sociológicas y axiológicas que el derecho exhibiría y que Kelsen descarta con un reduccionismo implacable. Pero no se trata de que Kelsen, por alguna suerte de perversidad metodológica, se niegue a reconocer lo que el derecho es<sup>8</sup> -pronunciando éste que hace suponer que el ser del derecho es algo accesible teóricamente en forma completa, tesis de gran ingenuidad ontológica-; por el contrario, sería fácil, a la luz de múltiples textos imperdonablemente desconocidos, mostrar cómo Kelsen se ha preocupado por investigar las diversas connotaciones políticas, valorativas y sociológicas que los fenómenos jurídicos admiten. Otra cosa es que acepte que tales propiedades integran el objeto de conocimiento de la ciencia dogmática del derecho positivo.<sup>9</sup>

Además -y es la segunda cosa que desearía apuntar en estas páginas previas- sucede, a mi entender, que por ser convicción tan notoria y profundamente arraigada que la razón misma debe ser encontrada fundamentalmente en el discurso científico, que la pauta última de

<sup>7</sup>El positivismo jurídico kelseniano es el momento en que la ciencia jurídica hace explícitos sus presupuestos gnoseológicos; de ahí su pretensión de mantenerse con caracteres propios frente a las ciencias empíricas y frente a las ciencias formales. Constituye el espécimen típico de una ciencia normativa.

<sup>8</sup>La pureza metódica no constituye un reduccionismo arbitrario, como si Kelsen hubiera amputado características notorias de los objetos jurídicos. La imputación de reduccionismo, tan frecuente en autores iusnaturalistas y marxistas, demuestra que provienen de una actitud ontológica ingenua.

<sup>9</sup>Esta es la cuestión de la pureza metódica negativa, como la denomina Schmill en el ensayo anterior. La cuestión fue destacada tempranamente, en su aspecto metodológico, por C. Cossio y A. Gioja; *cfr.*, del primero, el prólogo a la traducción castellana de la primera edición de la *Teoría Pura del Derecho*; del segundo, el ensayo "El tema de la Teoría Pura del Derecho" (en *op. cit.*, tomo I).

racionalidad es dada por la ciencia, que aun aquellos críticos del positivismo jurídico que lo consideran insuficiente ontológica y axiológicamente, no pueden tampoco prescindir del criterio racionalista que el positivismo jurídico adopta, consubstancial con la historia misma de la cultura occidental. Y, en ese sentido, ya no sólo las líneas de pensamiento iusnaturalistas, sino también las corrientes sociologizantes, así como las marxistas, las de inspiración fenomenológicas y las analítico-formales, aparecen realmente, a esta altura de la evolución del pensamiento jurídico, como altamente dependiente de los desarrollos metodológicos y de la aceptación tácita de los marcos categoriales que el positivismo ha elaborado.<sup>10</sup> Con ello quiero apuntar a un hecho fácilmente verificable; sean cuales fueren las discrepancias expresas y las declaraciones metódicas previas, lo usual es que cuando nos adentramos en un texto de jurisprudencia escrito por un autor de inspiración iusnaturalista, marxista o logicista, curiosamente descubrimos que, en el concreto discurso científico, esas disparidades metódicas de principio son puestas de lado o simplemente son pasadas por alto. Las tesis enunciadas en relación con el derecho positivo o con la rama del derecho positivo que el autor de marras pretende investigar, son formuladas recurriendo al arsenal de conceptos generales y cate-

<sup>10</sup>Me refiero, con esta caracterización seguramente excesivamente general, a las líneas de pensamiento que insisten: 1) que el derecho es un fenómeno social que debe ser estudiado con los métodos propios de una sociología empírica (Kelsen polemizó al respecto con E. Ehrlich); 2) que el derecho es una estructura social dependiente de fenómenos económicos fundantes (Kelsen polemizó con autores varios en su libro *La teoría comunista del derecho y del Estado* y en numerosos trabajos referentes a Marx, Lasalle y la teoría política bolchevique); 3) que el derecho puede ser esencialmente definido a partir de una intuición eidética, a partir de la descripción fenomenológica de su objeto, es la tesis de la teoría egológica del derecho de C. Cossio, con la cual Kelsen polemizó en su trabajo sobre *Teoría Pura y Teoría Egológica* (sin embargo, tanto en la nota que puso al trabajo de A. Gioja, *El tema de la Teoría Pura del Derecho*, como en su obra póstuma *Allgemeine Theorie der Normen* demuestra la influencia que sobre él ejerció parte de la obra de E. Husserl); 4) la gravitación del pensamiento de la jurisprudencia analítica-formal, aparece, luego de su traslado a los Estados Unidos, en el ensayo sobre *La Teoría Pura del Derecho y la jurisprudencia analítica* de 1941, así como en la *Teoría General del Derecho y el Estado* de 1945. Las relaciones del pensamiento kelseniano con líneas más estrictas de pensamiento lógico-analítico tienen que ser investigadas en los trabajos de la última época, desde *Derecho y lógica* hasta la *Allgemeine Theorie der Normen*. Con respecto al iusnaturalismo, la extensa literatura polémica es por demás conocida y alguna vez tendrá que ser seriamente examinada en sus aspectos puramente teóricos y en los ideológicos subyacentes.

gorias que sólo el positivismo ha explorado y desarrollado en forma suficiente.<sup>11</sup> En algunos autores la cuestión adquiere un carácter realmente paradójico; hay constitucionalistas que, en las páginas iniciales de sus tratados, por buenas o mediocres razones, repudian la tesis de la constitución del orden jurídico a partir de una secuencia de delegaciones cuya validez se justifica con la hipótesis de una norma o proposición fundamental, pero luego, en el tratamiento concreto dogmático de las normas de la constitución positiva estudiada, recurren sin mayor empacho a las nociones que el positivismo introdujera en relación a la estructura jerárquica del orden jurídico, al status de los órganos constituyentes, a la relación entre creación y aplicación de normas, a la noción de constitución material frente a la de constitución formal, etcétera. O no faltan autores que, declarando enfáticamente su adhesión o su fe en postulados religiosos o políticos, como en el caso del iusnaturalismo tomista y en el marxismo y sus sectas, cuando llegan también a la cuestión de exponer dogmáticamente el material normativo disponible, echan mano sin mayores reparos de los conceptos clasificatorios y categorías que justamente el positivismo ha traído a luz y sistematizado.

Es posible declarar, con alguna soberbia y sin proponer efectivamente alternativas equivalentes, que la ciencia jurídica, tal como lo ha producido Europa y el mundo anglosajón en los siglos XIX y XX, carece de cientificidad suficiente -tesis escéptica que ya formulara o reiterara Kirehmann a principios del siglo-; o, como era moda repetir en la década del sesenta, apuntar que la pretendida ciencia jurídica no constituye sino un instrumento ideológico mediante el cual tal o cual estamento social -burguesía o proletariado, por ejemplo- impone en el orden intelectual y, por ende, también en el dominio práctico, su hegemonía. Pero lo admirable es que, pasadas ya varias décadas desde esos anatemas y desinterpretaciones, la ciencia del derecho que producen las culturas capitalistas y socialistas, los autores cristianos y agnósticos, siga discurriendo por los cauces tradicionales que fijara

<sup>11</sup>En este respecto, la figura de Kelsen ocupa un lugar prominente, pero ha de señalarse la contribución importante de otras figuras, como A. Merkl, F. Weyr, por ejemplo, y, en el campo de la jurisprudencia norteamericana, la figura de W. Hohfeld.

el positivismo para el conocimiento objetivo del derecho, desde Savigny y Austin, por lo menos, y, en todo caso, ciertamente, desde fines del siglo pasado.<sup>1 2</sup>

Puedo sostener, por consiguiente, que hay algo en el positivismo -su punto de partida en el *factum* de la ciencia dogmática predominante- que es más radical y esencial que las correcciones introducidas en los detalles, que los errores en que hubiera incurrido o que las exageraciones que seguramente cabe imputársele.<sup>1 3</sup>

De ahí también que aquellas líneas de pensamiento que, por diversos motivos, han intentado, desde fines de la Segunda Guerra Mundial, avanzar sobre los planteamientos clásicos kelsenianos, tengan casi siempre el carácter de un pensamiento epigonal. Pienso, por caso, en la obra de un autor de tanto prestigio, en cuanto hace a la actitud crítica en teoría general del derecho, aunque tan poco influyente en la teoría dogmática propiamente dicha, como Alf Ross.<sup>1 4</sup> Pienso en un autor tan influyente en el pensamiento anglosajón como H. L. A. Hart.<sup>1 5</sup> Ambos, considero son incomprensibles sin verlos de perfil frente al telón de fondo del positivismo jurídico. Ellos, por cierto, lo han manifestado reiteradas veces y, como teóricos de fuste, han mantenido una posición crítica frente al conocimiento jurídico tradicional: pero las divergencias han hecho pasar por alto el enorme cúmulo

<sup>12</sup>En este sentido la ciencia jurídica dogmática consolida un paradigma del tipo de teoría que los juristas aceptan.

<sup>13</sup>Quizás el hecho de que, además de consolidar un paradigma de ciencia normal, con Kelsen el positivismo representa, en la historia de la ciencia jurídica, la primera forma de un conocimiento crítico, es decir, de un conocimiento que se hace cuestión del examen y formulación correcta de sus presupuestos lógicos y gnoseológicos. *Cfr.*, Calsamiglia, A., *Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica*, Barcelona, 1977.

<sup>14</sup>A. Ross fue discípulo de H. Kelsen. En toda su obra, desde la temprana sobre el concepto de razón práctica hasta *Sobre el derecho y la justicia*, encontramos un permanente diálogo con el pensamiento kelseniano. Quizás el punto crítico se encuentre en el ensayo sobre "Validity and the conflict between legal positivism and natural law", en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, IV, 1961. Para una comparación crítica, *cfr.*, Esquivel, J., *Kelsen y Ross*, México, UNAM, 1980.

<sup>15</sup>Véase de este autor el balance final en su ensayo "Kelsen visited", en *UCLA Law Review*, 1965 (hay traducción castellana en *Cuadernos de Crítica*, UNAM), así como en "Kelsen's doctrine of the unity of law", en *Ethics and Social Justice*, editados por M. K. Munitz y H. E. Kiefer (1968).

de coincidencias. También es cierto que el positivismo jurídico, que Kelsen pretendió fundar inicialmente en formas de pensar tomadas del neo-kantismo de Marburgo (Kelsen es explícitamente un discípulo de los pensadores neokantianos de Marburgo, en especial de H. Coen, y comparte con ellos la preocupación por inquirir por los presupuestos trascendentales, el conjunto de categorías y conceptos generales con que efectivamente se elabora el discurso científico),<sup>16</sup> ha debido refinarse tomando en cuenta los desarrollos prodigiosos en la metodología de las ciencias en general, y de las disciplinas normativas, en especial a partir de las lógicas que en nuestro siglo se han construido. Sería absurdo que no lo hiciera. De ahí que encontremos en Kelsen intentos de actualización del bagaje original neokantiano, al tomar contacto con el pensamiento anglosajón<sup>17</sup> y, con las lógicas modales normativas y con las filosofías del lenguaje. También, por cierto, con el conocimiento antropológico.<sup>18</sup> En el ensayo anterior, Schmill señala, según lo entiendo, que lo que Ross o Hart han contribuido, inclusive en postura crítica, al tratamiento clásico que la teoría kelseniana daba al problema de la relación entre la validez de las normas jurídicas y su eficacia o vigencia, así como al problema aún más complejo de la unidad sistemática de conjuntos de normas, son desarrollos que, sean cuales fueren sus méritos y su aceptabilidad actual, no serían comprensibles sin dar por asumidas tesis fundamentales del positivismo jurídico.

Las divergencias y reparos -repito- han pasado por alto las coincidencias innegables. Claro que autores como Ross, en el campo de la lógica normativa, o Hart, en el de la filosofía del lenguaje, echan

<sup>16</sup>Al respecto deben examinarse las influencias filosóficas manifiestas en los *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, de 1910. En especial véase la referencia a H. Cohen en el prólogo a la segunda edición de 1923, p. XVII. También Moore, R., *Legal norms and legal science: a critical study of Kelsen's Pure Theory of Law*, Honolulu, 1978, cap. I.

<sup>17</sup>Cfr., "The Pure Theory of Law and Analytical Philosophy", *Harvard Law Review*, 1941 (hay traducción castellana) y las notas sobre R. Pound y otros juristas norteamericanos, *inter alia*, en la *General Theory of Law and State* (1945).

<sup>18</sup>Especialmente en la magna obra *Society and Nature* (1943) (hay traducción castellana); pero también corresponde examinar *The Sould and the law* (1937) y *Die Entstehung des Kausalgesetzes aus dem Vergeltungsprinzip* (1939) (hay traducción castellana).

mano de las contribuciones de disciplinas que Kelsen no pudo conocer en su etapa clásica; esas lógicas y filosofías permiten un refinamiento analítico mucho mayor que el permitido por la lógica tosca, a que inicialmente tuvo que recurrir Kelsen.<sup>19</sup>

Consideraciones parejas habría que efectuar también en relación con prácticamente la totalidad de la teoría general del derecho y a la ciencia dogmática, desarrollada bajo inspiración marxista. Basta hoy, tomar contacto con los juristas italianos, desde Bobbio a Losano, o polacos, como Opalek o Wróblewski, de orientación política socialista, pero que utilizan los instrumentos lógicos y categoriales de que dispone hoy la dogmática jurídica, para advertir que también en esa orientación el modelo básico del conocimiento que practica la jurisprudencia radica en los cánones del positivismo lógico.<sup>20</sup>

El positivismo jurídico<sup>21</sup> constituye, creo, la forma como contemporáneamente se ha logrado formular la estructura teórica del paradigma actual de ciencia normal que el jurista de todo color ideológico utiliza. El paradigma de ciencia normal constituye, en cada momento histórico, un criterio fundamental de racionalidad: la razón se expresa, en cada época histórica, en el discurso de su ciencia. Que como posibilidad teórica, o como postulado político, se acepte que

<sup>19</sup>Aún en la *Reine Rechtslehre* de 1960 Kelsen recurre a lógicos como C. Sigwart, carentes de vigencia en el estado actual de la disciplina. En la *Allgemeine Theorie der Normen* la problemática lógica y la bibliografía se han ampliado extraordinariamente: Wittgenstein, Carnap, Prior, Perelman, etcétera, aparecen en el horizonte intelectual de Kelsen; *cfr.*, en especial, caps. 57 a 61. Su escepticismo ante una lógica específica de las normas, expuesto ya en *Recht und Logik*, sin embargo subsiste. Al revés, iusfilósofos y lógicos han analizado múltiples veces, desde el inicio de las lógicas deónticas en 1950, las construcciones kelsenianas. Los últimos trabajos de von Wright -como "Normas de orden superior" (en *El lenguaje del derecho*, Buenos Aires, 1982) o el ensayo de Alchourrón, D. y Makinson, D., "Hierarchies of regulations and their logic" (en Hilpinen, R., *New Studies in deontic logic*, 1981) muestran la utilización de técnicas lógicas contemporáneas en los problemas de la estructura sistemática dinámica de los órdenes jurídicos, una de las contribuciones esenciales de Kelsen a la teoría general del derecho.

<sup>20</sup>*Cfr.*, al respecto el estudio de Bobbio, N., "La teoría pura del derecho y sus críticos" (en *Contribuciones a la teoría del derecho*, Valencia, 1980) y el de Wróblewski, J., *Meaning and truth in judicial decision*, Helsinki, 1979. En general, la publicación colectiva: *Reine Rechtslehre und marxistische Rechtstheorie*, Viena, 1978.

<sup>21</sup>*Cfr.*, en la abundante bibliografía, Scarpelli, U., *Cos'è il positivismo giuridico* (1965), y el ensayo de N. Bobbio citado en la nota 4 *supra*.

quepa otro tipo de conocimiento del derecho, otra ciencia del derecho, es cosa que la filosofía de la ciencia contemporánea pacíficamente aceptaría. Otra cosa es que efectivamente alguna alternativa diferente a la del paradigma predominante haya sido producida y haya conseguido imponerse. Así como Galileo y Newton lograron desplazar un tipo de ciencia que milenariamente se había desarrollado en el terreno de la astronomía y la física, con lo que la física aristotélica y la astronomía tolemeica desaparecieron del horizonte de la práctica teórica y dejaron de ser vistas como criterios de racionalidad, en la ciencia del derecho creo que puede afirmarse que hasta la fecha no ha aparecido un nuevo Galileo o un nuevo Newton que logran desplazar el modelo de ciencia que el positivismo consolidara. Más: se me ocurre que, cuando en años venideros se reconstruya la historia de los paradigmas dominantes en el conocimiento jurídico,<sup>22</sup> la figura de Kelsen será vista como la más representativa de lo que hoy constituye el paradigma de ciencia formal jurídica. Por ende, en la teoría general que Kelsen propone para la ciencia dogmática jurídica tenemos, ahora, el modelo de racionalidad de todo conocimiento objetivo de lo jurídico.

No corresponde a este ensayo intentar una apología del positivismo jurídico. Por lo general, la literatura se ha empeñado en denigrarlo. Como todo fenómeno humano, también el positivismo, como forma concreta que la ciencia jurídica exhibe desde hace un siglo, seguramente será superado, perfeccionado, desplazado y sustituido. En lo que sigue me interesa investigar cómo, a partir de la vigencia de ese paradigma clásico de ciencia jurídica, se mantiene una pretensión de racionalidad típica en el conocimiento jurídico.

## 2. *Racionalidad y conocimiento científico*

4. Parece banal sostener que el mero hecho de que, con respecto de un cierto dominio objetivo, en este caso: el derecho, se adopte, se practique y se transmita un conocimiento científico -un conocimiento con pretensión de verdad intersubjetiva, rigor metódico y expli-

<sup>22</sup>Es éste tema de gran actualidad en el pensamiento iusfilosófico.

tación de sus presupuestos lógicos y gnoseológicos-, constituya prueba suficiente de que, frente a ese objeto, se ha adoptado una actitud racional. Al fin y al cabo, no todas las culturas históricamente, ni siquiera las culturas superiores, han desenvuelto siempre, frente a fenómenos sociales como los jurídicos, un conocimiento con pretensión de ciencia, contentándose muchas veces con la reiterada práctica ritual, con la aceptación resignada de tradiciones y costumbres, o con la sumisión bajo los designios inescrutables de alguna divinidad o de alguna autoridad mágica. Me parece que nunca dejará de subrayarse suficientemente el hecho que es característico de Occidente, como heredero de Roma, el haber desarrollado, no sólo un *lore* jurídico, una práctica institucionalizada de solución de conflictos, sino un saber científico en torno al derecho: la jurisprudencia. Max Weber fue quien apuntó a este rasgo de fundamental importancia para distinguir la tradición que denominamos "occidental" en relación con lo jurídico, tradición que se caracteriza por la existencia de una ciencia, con prestigio social suficiente. La función de sistematización y ordenación de reglas jurídicas generalmente es emprendida por una burocracia: la misma suele recurrir a una especialización en el sistema de formación y educación de sus estamentos. La *scientia* es uno de los mecanismos utilizados para imponer el dominio burocrático y, en ese sentido, es invocada como una instancia de legitimación del poder político burocrático y, claro, como fundamento de técnicas sociales supuestamente fundadas así en un conocimiento objetivo.<sup>23</sup> El derecho adquiere así el carácter de previsible, de calculable; en nuestras culturas las normas jurídicas, objetos de un conocimiento sistemático, permiten una estimación de las expectativas sociales. Somos, así, herederos de una tradición que no se resigna a que la vida social sea el dominio de inescrutables designios divinos quizás accesible a un más inaccesible sacerdote o pontífice, o de tradiciones inexplicables

<sup>23</sup>Cfr., de Weber, M., *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5a. ed., 1972, cap. VII: "Rechtssoziologie", párrafos 4, 5 y 8. La tesis general, aceptada en este trabajo, de que la racionalidad está ligada, en nuestra cultura a la ciencia, es actualmente cuestionada: cfr., Olivé, L., "Sobre la determinación social de la racionalidad", *Diánoia*, 1981, p. 127 y ss. Con respecto a la cuestión de la racionalidad en las ciencias sociales, cfr., Benn, S. I. y Mortimore, C. W., *Rationality and the social sciences*, Londres, 1976.

que por la oscuridad de su origen y su supuesta antigüedad se hacen indiscutibles. Nosotros consideramos que también la vida social y sus aspectos, entre los cuales los jurídicos, son susceptibles de conocimiento objetivo y, como consecuencia, también es apta para quedar sujeta a un control técnico.

No es un azar que el derecho, en las definiciones en boga en el positivismo, inclusive en Kelsen, quede determinado no sólo mediante la delimitación definitoria de un campo objetivo; conjunto de normas coactivas, por ejemplo, sino también mediante la especificación de una función; sistema de control social.<sup>24</sup> Ambos rasgos -conjuntos de normas, sistema de control- son esenciales, en nuestro contexto cultural, para una definición del derecho. Para las formas de pensar de que somos herederos y transmisores, el derecho es, primeramente, tema susceptible de conocimiento como objeto unitario de una ciencia, y luego, por existir ese conocimiento objetivo, utilizable como una técnica no puramente empírica, sino fundada en ese conocimiento científico. Esta actitud frente al derecho no es común a todas las culturas históricas, del mismo modo que la propia cultura occidental no ha conseguido someter otros dominios fenoménicos ni a un conocimiento científico ni a un control técnico racional.

5. Se habla aquí de racionalidad. Qué se entienda por ello, como se sabe, es terreno de discusiones verbales y de especulaciones divergentes. El término es invocado, seguramente con sentido diverso por diversas disciplinas. Algunas de ellas pueden recurrir a algún concepto matemático de racionalidad, dado por la programación lineal, la teoría de juegos; así en economía, por ejemplo. En otras disciplinas, el concepto de racionalidad, como propiedad del propio discurso científico, es sumamente lato. Es el caso, por ejemplo, de la historia, donde a lo sumo pretendemos que no se nos relaten hechos contradictorios. En un sentido bastante aceptado, la racionalidad es una propiedad del discurso científico coherente y, eventualmente, sistemático. La lógica proposicional es un modelo de racionalidad en ese sentido; otras ramas superiores de la lógica, o inclusive, disciplinas matemáti-

<sup>24</sup>Cfr., *inter alia*, *Reine Rechtslehre* (1960), parágrafo 6. Esta terminología es lugar común en la sociología funcionalista, *cfr.*, Parsons, T., *The Social System*, cap. VII.

cas, no aceptan criterios tan estrictos de racionalidad.<sup>25</sup>

Pero también la racionalidad se predica, ya no del discurso, sino de la acción. Por de pronto, es claro que múltiples modelos matemáticos de decisión racional -fundados en diferentes teorías matemáticas- son utilizados por disciplinas normativas para establecer un criterio práctico de racionalidad; así la prescripción de obligar a optar por la alternativa que permita optimizar algún resultado en economía. Pero, estrictamente, los modelos matemáticos de decisión racional sólo funcionan como modelos ideales para evaluar luego, por su mayor o menor aproximación, los concretos modos de comportamiento que los seres humanos adopten en situaciones semejantes.

También Max Weber se refirió a la acción racional, fuera ésta racional conforme a fines (*Zweckrationalität*) o conforme a valores (*Wert-rationalität*).<sup>26</sup> Una acción es teleológicamente racional cuando se orienta por fines, medios y consecuencias, efectuando un cálculo estimativo entre los fines alternativos posibles, los medios y los fines y éstos y sus consecuencias. Una conducta racional conforme a fines tiende a ser emocionalmente neutra y no tradicional. Desde el punto de vista de una conducta racional conforme a fines, siempre la conducta orientada por valores aparece como relativamente irracional. Una conducta orientada por normas jurídicas puede tener el cariz de racional conforme a fines; esas normas mismas, dice Weber, pueden ser racionales. Hay algo así como una racionalidad del derecho, cuando las normas producidas por la autoridad legislativa son sometidas a un proceso de generalización y de sistematización. Esta última tarea, que Weber señala como muy tardía, es el producto de un tratamiento científico del material normativo. El derecho aparece como el resultado de una reconstrucción racional cuando se obtiene “la interrelación sistemática de todos los enunciados jurídicos logrados mediante el análisis, de suerte que configuren un sistema de reglas en clara rela-

<sup>25</sup>Para una distinción entre una acepción “algo rítmica” de racionalidad y una concepción “persuasiva”, cfr., Pereda, C., “Sobre la consigna ‘racionalidad’”, *Diánoia*, 1981, p. 159 y ss.

<sup>26</sup>Cfr., *Wirtschaft un Gesellschaft*, cap. I, parágrafo 2 y, en relación con el derecho, cap. VII, parágrafo 2.

ción lógica recíproca, sin contradicciones lógicas y, sobre todo, sin lagunas en principio”.<sup>27</sup> La racionalidad del derecho, en el sentido indicado, permite un manejo calculable del mismo como técnica social. Las acciones orientadas por las normas de un sistema jurídico sistematizado son, por ello mismo, racionales. La acción orientada por valores jurídicos, como la justicia u otros, constituyen formas de acción irracional, como se indicó arriba.

El proceso de generalización por el cual a partir de reglas casuísticas alcanzamos principios generales, y éstos, ordenados en instituciones y relaciones jurídicas, pueden ser sistematizados lógicamente, es el resultado de una actividad también racional conforme a fines y que normalmente ejemplificaríamos con la actividad científica. Si la ciencia es vista, por un momento, como el proceso o actividad mediante la cual se trata de alcanzar conocimientos objetivos formulados en un discurso inteligible y coherente, tendremos que encarar un dominio objetivo, como las reglas jurídicas, en actitud científica implica no sólo una acción racional sino un intento de racionalización del objeto mismo, de lograr la etapa que Weber denomina de “racionalización del derecho”.<sup>28</sup>

Al parecer, existe una suerte de ambigüedad sobre cuál sea el dominio de objetos del que predicamos que es o no racional; por un lado, lo racional es cierto discurso, cierto conjunto de proposiciones; por el otro, racional serían ciertas prácticas o acciones. Por añadidura, hablando de ciencia, tenemos que este término exhibe normalmente una típica ambigüedad; denota tanto a la actividad científica, al proceso de hacer ciencia, como al producto de dicha actividad, el conjunto de proposiciones en que se exponen las tesis logradas.<sup>29</sup> Y cabría mencionar también una ambigüedad en los usos del término

<sup>27</sup>*Ibidem*, cap. VII, párrafo 1, p. 396.

<sup>28</sup>*Cfr.*, *ibidem*, pp. 395 y 505, *inter alia*, la descripción del proceso de la imposición del poder (*Herrschaft*) mediante la organización, así como su relación del desarrollo del dominio burocrático mediante la “racionalización” de la formación y la educación, caps. IX, párrafo 3, y cap. IX, segunda parte, p. 549 y ss.

<sup>29</sup>*Cfr.*, Carrió, G. R., *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires, 1968, p. 23; Nino, C. S., *op. cit.*, nota 1, p. 9 y ss.

“racionalidad”; funciona como una palabra persuasiva, para elogiar o recomendar esa cierta actividad o el producto de ella; o como un término denotativo, para señalar que actividad o discurso posee ciertas características (generalmente, las de coherencia lógica y computabilidad).

La ciencia como actividad o proceso, consiste en el actuar de ciertos grupos humanos que cumplen ciertas acciones; que se transmiten ciertas informaciones; que mantienen cierto repertorio de técnicas y de conocimientos previos acumulados.

Esta enumeración de actividades es tan genérica que sin dificultad abarcaría otras como las actividades mágicas o las religiosas. Inclusive sería difícil pensar una acción social que no satisfaga la descripción propuesta. Pero por el otro lado, hay que preguntarse -como lo hace Suppes<sup>30</sup> ¿qué es lo propio y único y especial de la ciencia? Dado que uno de los grandes problemas filosóficos ha sido y continúa siendo, no sólo el concepto de verdad, sino también el concepto más general de método científico. La ciencia como producto es un conjunto de conocimientos propuestos como verdaderos; como proceso, tiene que ver con la adquisición y búsqueda de conocimientos y éstos, claro, con la verdad y sus criterios. Según el tipo de aquéllos y las variedades de ésta cabe hablar de diversos conceptos de ciencia.<sup>31</sup> Toda ciencia, sea cual fuere su definición para el caso, se constituye a través de una actividad, la científica.

Suponemos que esos actos -la ciencia como actividad científica- se desarrollan conforme a una cierta metodología cuya racionalidad es teleológica en el sentido weberiano apuntado (aunque no excluyamos totalmente actividades no racionales en ese sentido, como los descubrimientos por *serendipity*). La ciencia es también el discurso sistemático en que se formulan las proposiciones logradas en aquella actividad.<sup>32</sup>

<sup>30</sup>Cfr., Suppes, F., *The structure of scientific theories*; 2a. ed., 1979, p. 512. Cfr., también Fraasen, B. C. van, *The scientific image*, Oxford, 1980.

<sup>31</sup>Cfr., Carnap, R., *An Introduction to the Philosophy of Science*, 1966, II, cap. 5.

<sup>32</sup>Esta concepción tan amplia -que no descarta pues, el carácter científico, en su momento, de la alquimia- tiene el inconveniente que pone en lugar secundario a la objetividad

El conjunto de las proposiciones verdaderas podríamos considerarlo como el conocimiento acumulado con respecto a tal o cual dominio objetivo, que queda a disposición de la comunidad científica, en primer término, y de cualquier sujeto cognoscente, como posibilidad abierta. También este discurso científico, el patrimonio científico disponible en un momento histórico, es susceptible de “racionalización”, pero ya no en el sentido de un proceso teleológicamente racional, sino de un producto racionalmente organizado para su exposición y comunicación. La racionalización del discurso científico también tiene grados: una disciplina presentada en forma axiomática, por ejemplo, es, en este sentido, más racional que lo que Kant denominara un discurso “rapsódico”, como puede ser el relato del historiador. La tesis de Weber, cabe señalar, es que la racionalización de la ciencia del derecho es coetánea con la racionalización del derecho mismo, como logro de una mayor racionalidad teleológica en la producción y aplicación de las normas y en el funcionamiento de órganos burocráticos.<sup>33</sup>

6. Volviendo ahora a la ciencia como conjunto de enunciados con pretensión de verdad, aceptados como tales por una comunidad de científicos especializados, pretendemos que su discurso aparezca como producción racional, para ser luego aplicado también racionalmente. Juegan aquí, pues, varios conceptos de racionalidad y, por ende, distintos criterios de racionalidad. El discurso científico debe satisfacer un mínimo de coherencia lógica y relevancia informativa con respecto a su objeto. Esta racionalidad intrínseca del discurso es condición necesaria para que el mismo pueda ser técnicamente utilizado en forma teleológicamente racional. De ahí que distingamos la

del conocimiento científico, haciendo del conocimiento algo subjetivo y hasta irracional, por la vaguedad de su determinación conceptual. El conocimiento podría quedar reducido, como dice Shapere, a los “prejuicios de un grupo sociocultural” (cfr., Suppe, *op. cit.*, p. 700). En relación con ciencias empíricas -uno de los tipos indicados en Carnap-, un concepto algo más riguroso lo definiría como un conjunto consistente de teorías susceptible de un algún grado de verificación (cfr., Rudner, R., *Philosophy of social science*, 1966, p. 10).

<sup>33</sup>Cfr., Mortimore, G. W. y J. B. Maund, “Rationality in belief”, en Benn, S. I. y G. W. Mortimore (eds.), *Rationality and the social sciences*, Londres, 1976, p. 11 y ss.; Price, H. H., *Belief*, Londres, 1969; Wilson, B. R., (ed.), *Rationality*, Nueva York, 1970, y Mosterín, J., *Racionalidad y acción humana*, Madrid, 1978.

acción técnica fundada en conocimiento científico, de la acción técnica tradicional (como la del curandero) o de la acción técnica irracional (como la del iluminado). Refiriéndonos al derecho, parece claro que, sea cuales fueran los logros a partir de la sistematización relativa que comenzaron los romanos, nos interesa que el conocimiento del derecho resulte no sólo en una ciencia jurídica formulada como un sistema teórico coherente, sino que esa labor de racionalización, permita elaborar técnicas de control social también racionales.

Ahora bien, en relación con el derecho hay que tener presente que buena parte del pretendido discurso científico sobre el mismo no reviste sino el carácter de un discurso ideológico; no se trata, en rigor, de un conocimiento científico. La información que manejan, por ejemplo, políticos y magistrados, aunque pretende derivar de la información objetiva que provee alguna ciencia del derecho, no podría pretender un nivel alto de valor teórico. Quizás, por ello, valga la pena introducir la noción de creencia (*belief*) racional, como un concepto diferente al de enunciado verdadero. En general, consideramos que un enunciado verdadero expresa un conocimiento objetivo. Tal no es el caso siempre con el de creencia racional.<sup>34</sup> El término proviene, en su sentido técnico, de Hume, y es útil para hacerse cargo de la cuestión del relativismo histórico y cultural que afecta a la noción de ciencia, tanto como producto, como proceso. Así, cabría definir “ciencia” como “un *corpus* de creencias colectivas sometido a un constante proceso de revisión conforme a una estrategia racional de maximización de aciertos y minimización de errores”.<sup>35</sup> Conforme a la misma, claro está que, aunque hoy no la reconozcamos como conocimiento verdadero, la astronomía tolemeica es ciencia como proceso y como producto.

Una creencia es racional, por tanto, no sólo cuando su contenido -la idea que expresa- es verdadero, puesto que es posible abrigar creencias racionales que son objetivamente falsas. Para que la aceptación de una creencia sea racional se requeriría que la misma cuente

<sup>34</sup>Mosterín, J., *op. cit.*, p. 23.

<sup>35</sup>*Ibidem*, p. 24.

con alguna justificación suficiente, de suerte que el creyente no sólo actúe racionalmente cuando se atiene a ella, sino que, para el momento histórico y el lugar cultural, el contenido de la creencia constituya el conocimiento científico del momento. Claro, en nuestros días y para nuestra cultura, la demostración de la verdad analítica de un enunciado, por algún procedimiento lógico, o la verificación empírica de alguna tesis, por algún procedimiento controlado, son justificaciones suficientes de una creencia; lo que puede demostrarse que es verdadero, o modificarse que lo es, cuenta como razón suficiente para que creamos en ello. Pero no siempre no es posible convertir a nuestras creencias en conocimiento demostrado o verificado, sea por no contar con métodos de decisión para establecer el valor de verdad de la creencia sustentada, sea por haber fracasado nuestros métodos de prueba empíricos. Uno pensaría que la determinación del valor de verdad del contenido de una creencia es suficiente para considerar a la acción de sustentarla, el acto de creer, justificado, pero sucede que creemos cosas cuya verdad o falsedad se nos escapan. Y cabe distinguir, pues, las creencias racionalmente fundadas (entre las que se encuentran las verdades científicas), de creencias sin justificación.

Si atendemos el contenido de las creencias, la racionalización de las mismas consistirá en justificarlas objetivamente, en cuanto encontramos algún procedimiento que nos permita establecer la verdad de lo que se anuncia o, al revés, que nos permita descartarlas por falsas. En ese sentido actuamos racionalmente al intentar verificar o falsificar nuestras creencias, o, lo que es lo mismo, al buscar maximizar nuestros aciertos y minimizar nuestros errores, si nuestra acción se atiene al contenido de nuestras creencias.

La actividad científica consiste en buena medida, en su etapa de verificación o falsificación de las hipótesis propuestas, en intentar llevar a cabo las estrategias de justificación correspondientes a nuestras creencias racionales.

Los procedimientos para hacerlos difieren. Como se indicó, tratándose de enunciados analíticos, cuya verdad es en última instancia dependiente de la estructura sintáctica y semántica del lenguaje, la es-

trategia de justificación consistirá en la aplicación regular de las reglas de juego lógico, sintáctico o semántico. La lógica siempre ha jugado un papel importante en la racionalización del producto de la actividad científica y, según se creía, en la orientación de la actividad científica misma. La verificación o falsificación empírica del contenido de una creencia puesta a prueba es la táctica adecuada para justificarla o destruirla. Además -y esto debe ser subrayado- consideramos suficiente razón para sustentar una creencia teórica, y creer en la verdad de lo que expresa, que la misma coincida con las tesis vigentes en la comunidad científica de la que se forma parte. Es claro que ningún hombre de ciencia puede personalmente justificar, analítica o empíricamente, el inmenso repertorio de enunciados que presume verdaderos y que, eventualmente, aplica. El hecho de que el enunciado en cuestión forme parte del discurso científico compartido por la comunidad científica a la que se pertenece, es bastante para que ese enunciado pueda ser tema de una creencia racional. Esta afirmación, por cierto, puede ser aplicada sin más al conocimiento del derecho.

7. Este tercer criterio de justificación de una creencia racional -su coincidencia o compatibilidad con las restantes creencias teóricas de una comunidad científica- parece debilitar enormemente la tradicional convicción en el valor objetivo de la verdad científica. Advuértase que la racionalidad de una creencia individual, por coincidencia con las creencias del grupo científico, supone que las creencias de cada uno de sus integrantes están racionalmente justificados por criterios analíticos o empíricos. En otros términos, si podemos afirmar que lo que creemos con respecto de ciertos fenómenos es racional en la medida en que coincide con las verdades científicas vigentes -que son las creencias justificadas de la comunidad científica-, estamos asumiendo que, en sus actividades, los científicos actúen racionalmente, es decir, recurran a las estrategias aceptadas para verificar o falsificar las diversas creencias que propongan, sostengan o transmitan. De ahí, por ejemplo, que el jurista que, al formular sus tesis (creencias individuales inicialmente) sobre fenómenos jurídicos, con la pretensión de que valgan como verdades objetivas, aceptara simultáneamente algún postulado que no es admisible de acuerdo a las estrategias de justifica-

ción analítica o empírica -como el iusnaturalista tradicional que introduce tesis relativas a la producción de normas no empíricamente verificables, o que rechaza afirmaciones empíricamente verificables relativas a la existencia de normas invocando datos no verificables, como ser valores trascendentes-, estaría en una postura que no podría ser aceptada como actividad científica racional y, por ende, sus resultados carecen, de antemano, de pretensión de verdad racional. El iusnaturalismo es un irracionalismo axiológico.<sup>36</sup>

Mosterín destaca, al respecto, que:

... para que la ciencia pueda mantenerse y progresar es necesario que los científicos, como individuos, sean racionales en al menos una porción de sus creencias, a saber, en sus creencias referentes al objeto de su investigación científica. Y para que los individuos puedan ser racionales en el sentido indicado, es necesario que exista una ciencia viva de la que ellos saquen -o al menos, estén dispuestos a sacar- una gran parte -probablemente la mayor parte- de sus opiniones acerca del mundo.<sup>37</sup>

Sostendré que la pureza metódica kelseniana también debe ser entendida como una estrategia racional de maximización de aciertos y minimización de errores en relación con la información relativa al funcionamiento de un sistema dinámico de normas y, por ende, para incrementar la probabilidad de verificación de las previsiones hipotéticas que se formulen sobre el funcionamiento del sistema social. La pureza metódica -como Schmill lo subrayara en la primera parte de este libro- exige que los juristas abandonen sus creencias no justificables -como las posturas axiológicas o las tesis ideológicas o metafísicas- en relación con el objeto que pretenden investigar científicamente, el derecho. En ese sentido, la pureza metódica es una estrategia racional en la actividad teórica del jurista. Positivamente, la pu-

<sup>36</sup>Cfr., Kelsen, H., *Reine Rechtslehre*; 2a. ed., 1960, apéndice II: *Die Naturrechtslehre*.

<sup>37</sup>Deseo destacar que la ciencia del derecho también tiene una función de previsión. Sólo aquella teoría que permite prever resultados normativos será desarrollada y transmitida. Sucede, empero, que la ciencia jurídica -a diferencia de las ciencias naturales- puede actuar, por retroalimentación, sobre los datos normativos que investiga. Se trata de una función de la ciencia dogmática que es destacada, por ejemplo, por Armo, A., "On legal reasoning", III parte, Turku, 1977.

reza metódica es una estrategia racional en la actividad teórica del jurista. Positivamente, la pureza metódica requiere del jurista la construcción de un discurso científico sobre el derecho más racional, esto es, no sólo de estructura lógica coherente -un discurso sistemático-, sino de mayor precisión semántica en la determinación de su objeto: ambos puntos Kelsen los tuvo presentes soberanamente. De contar, como resultado de dicha actividad teórica racional sobre el derecho, con una racionalización de la jurisprudencia, podremos sostener que nuestras opiniones sobre el derecho -tanto a nivel teórico, como a nivel práctico- son racionales y fundadas, si pueden derivarse de los enunciados analítica y empíricamente verificados de una ciencia jurídica sistemáticamente construida alrededor de un objeto unitario. Volviendo a la terminología kantiana, en que se mueve el discurso de la Teoría pura del derecho, tendremos que el resultado de la aplicación de la estrategia racional de conocimiento que se conoce como pureza metódica, será la construcción de una ciencia racional del derecho a partir de una analítica expresa de las categorías constitutivas de su objeto y de la sistematización arquitectónica de sus verdades, a partir de una idea del objeto como una unidad jerárquica compleja. La constitución de una ciencia jurídica con tal pretensión de racionalidad requiere, por lo menos, de un cambio en la actitud que el jurista adopta, en su actividad cognoscitiva, en la dogmática tradicional. El traer a luz los presupuestos trascendentales del conocimiento jurídico para seguir hablando el vocabulario kantiano- permite lograr una conciencia crítica o, como dice Kelsen, una ciencia pura. Esta noción de ciencia, pese a lo que pueda creerse, no tiene nada de estático. Hace a su idea misma, que los enunciados teóricos que el hombre de ciencia sustente como sus creencias científicas personales, no valgan sino como hipótesis revisables, como tesis sujetas a una permanente revisión destinada a aumentar su valor teórico y su eficacia práctica.

¿La ciencia del derecho que actualmente practicamos satisface esas exigencias de mínima racionalidad en sus contenidos y es el resultado de una actividad científica expresamente racional en sus creadores? ¿Puede pensarse la empresa kelseniana en el marco de esta tarea de racionalización del conocimiento jurídico y, por ende, en el contexto

más amplio de la infinita tarea de otorgar a la vida social una certidumbre cada vez mayor?

Ahora bien, frente a una concepción ingenua del conocimiento o de la ciencia, en que se pretende verla como una manera de abarcar intelectualmente la totalidad del campo objetivo que sea, como si éste estuviera dado en forma previa a la conceptualización científica, lo cierto es que, en tanto actividad, ella significa una fuerte delimitación que se impone al campo objetivo que interese: “un sistema determinado de conceptos es ya un determinado molde que se impone a la realidad”.<sup>38</sup> Sólo que ningún sistema conceptual, ningún marco teórico, es exclusivo, sino que constituye -al menos como posibilidad- una alternativa de explicación e interpretación, cuyas razones para ser aceptadas dependen de motivaciones pragmáticas. La adecuación práctica que nos lleva a convertir un cuerpo de creencias en un discurso científico organizado, requiere por lo tanto de la construcción de un sistema de conceptos aptos y la revisión constante del mismo para aumentar su precisión y rigor.<sup>39</sup>

Considero que la ciencia del derecho ha estado sujeta a este proceso de racionalización, que implica tanto una revisión del conjunto de conceptos categoriales utilizados, como de sus estructuras sistemáticas. Es Kelsen, justamente, en quien se hace patente la exigencia de lograr rigor sistemático en los conceptos -llamémoslos así- que tradicionalmente utilizaba la jurisprudencia dogmática.

### 3. *Teoría Pura del Derecho y racionalidad jurídica*

8. La dogmática tradicional utiliza conceptos generales que no se encuentran sistemáticamente definidos en su propio discurso; ya no sólo el concepto de Estado, sino el de órgano jurídico, el de acto ilícito, el de deber jurídico, el de persona jurídica, para poner algunos ejemplos. Así, el jurista dogmático no tiene claridad sobre la relación

<sup>38</sup>Mosterín, J., *op. cit.*, p. 24.

<sup>39</sup>*Ibidem*, p. 25. Se trata de satisfacer el ideal de ciencia racional; tal aspecto fue señalado en relación con la obra de Kelsen, por A. Gioja, en “El tema de la teoría pura” (en *op. cit.*, t. I) y también en el libro de R. Moore indicado en la nota 16 *supra*.

conceptual sistemática entre la noción del Estado y de derecho, salvo que atribuye al primero la función de creación del segundo; el jurista dogmático no percibe claramente la relación entre el concepto de delito típico que usa el penalista y la noción genérica de acto ilícito; los civilistas tienen dificultades en establecer una teoría de las obligaciones en el marco de la noción de deber jurídico y, en general, casi todos los juristas encuentran que la noción de persona es tan múltiple en sus aplicaciones y tan ambigua en su alcance que dudan en su aplicación uniforme; aceptan que el Estado tenga personalidad (aunque también se la atribuyan a órganos subordinados estatales), pero ¿tiene personalidad en derecho el delincuente al modo como lo puede tener una sociedad comercial? ¿cuál es exactamente el marco de aplicación de estos conceptos generales? A la tarea de redefinición de estas nociones y la de establecer su conexión sistemática, Kelsen denomina “estática jurídica”. En dichos estudios, además, existe la tentativa de lograr la reducción de las categorías jurídicas más importantes a algunas nociones adoptadas como primitivas, como el concepto de “sanción”.

Otro aspecto de la racionalización del conocimiento científico no pudo adquirir, en la teoría clásica kelseniana, la dimensión que actualmente puede otorgársele. En efecto, en Kelsen, por explicable razones históricas, nunca estuvo suficientemente en claro, por lo menos en las exposiciones clásicas de su teoría, hasta la versión definitiva de la *Reine Rechtslehre* de 1960, cuáles eran los criterios lógicos, la lógica o lógicas, que efectivamente se utilizaran en la labor analítica del teórico. Kelsen, pero en forma excesivamente escueta, considera que la tradicional lógica aristotélica es el instrumental requerido por la ciencia del derecho. Pese a que las normas jurídicas también tienen expresión lingüística, cabe sostener que son expresiones ajenas a todo cálculo lógico, por carecer de valor de verdad, o que están sujetas indirectamente al mismo, en cuanto responden a los criterios lógicos aplicados a las proposiciones jurídicas.<sup>40</sup> En otros términos, cuáles fueran los criterios de derivación lógica y de construcción sistemática, así como los criterios de formación sintáctico-semántica utiliza-

<sup>40</sup>Cfr., *Reine Rechtslehre*; 2a. ed., 1960, párrafo 16.

dos por la jurisprudencia, es cosa que Kelsen, aunque consciente del problema, nunca pudo plantear con suficiente precisión en su teoría clásica. El lenguaje de la jurisprudencia se encuentra así relativamente indeterminado en cuanto a sus reglas de formación. Y parece evidente que los criterios de la tradicional lógica formal aristotélica no son suficientes, así como tampoco una supuesta interpretación de la modalización deóntica *sollen*, ya no sólo como expresión de una categoría trascendental, sino como un operador lógico específico.<sup>41</sup>

Por cierto, se debe señalar que, en la teoría kelseniana, el término “lógica” no tiene siempre el sentido de lógica formal como que ahora lo entendemos; la palabra guarda siempre el sentido gnoseológico con que lo emplea Kant. Esta carencia en el instrumental de la teoría tiene que reflejarse en la formulación misma de algunas de las nociones materiales que la Teoría pura utiliza y en las interpretaciones erróneas a que frecuentemente ha dado lugar. La palabra “sanción”, en muchas ciencias sociales denota una clase particular de acciones. En la Teoría pura es un concepto elaborado, a partir de diversas notas empíricas, para ser utilizado en el conocimiento de normas positivas integrantes de un orden jurídico. En tanto concepto general normativo, requiere de la aplicación de la categoría del deber (*sollen*) que Kelsen expresamente define como una categoría gnoseológico trascendental en sentido kantiano. La sanción, por lo tanto, es algo debido, algo pensado mediante la categoría de deber (*sollen*). Toda sanción, afirma Kelsen consecuentemente, es debida. Pero otro concepto usual en la ciencia del derecho, el de acto debido u obligatorio (lo que Kelsen denomina el “deber jurídico”: *Pflicht*), en cuanto concepto normativo, también aplica la categoría gnoseológica del *sollen*. Los juristas dogmáticos incurren fácilmente en confusiones al respecto, en tanto utilizan el término “sanción” para designar actos sociales reales (como los actos de ejecución de una pena) y también para referirse a un contenido específico de las normas jurídicas. De ahí que pueda decirse que la sanción (como acción llevada a cabo por un órgano subordinado, como el verdugo o el carcelero) es un deber

<sup>41</sup>Cfr., *Ibidem*, párrafo 4 b. El tema es posteriormente elaborado, pero en otra dirección, en los capítulos 25 y siguientes de la *Allgemeine Theorie der Normen*.

u obligación jurídica del órgano; mientras que en el caso de un órgano supremo -como en derechos primitivos o descentralizados-, la sanción que aquí estatuye es debida en cuanto se la piensa, bajo el concepto categorial de sanción, pero no constituye deber alguno. Hay así, actos debidos, en un sentido, que no son deberes en cuanto obligaciones jurídicas.

La sanción impuesta por el órgano supremo es debida en cuanto la pensamos como un fenómeno normativo, en cuanto la subsumimos en la categoría trascendental de imputación, pero no es un deber jurídico en cuanto concepto clasificatorio que la jurisprudencia utiliza para calificar ciertos actos de los súbditos y de los órganos.<sup>42</sup>

Ahora bien, el término *sollen*, así visto, juega papeles distintos: denomina una categoría gnoseológica cuya función sería la de relacionar en los enunciados de ciencia jurídica hechos antecedentes con hechos consecuentes en forma distinta a la categoría de la causalidad; es una suerte de operador lógico que enlaza en la proposición jurídica a la mención de un hecho con otro; es, por fin, el marcador gramatical superficial que expresa, en las normas jurídicas, el uso ilocucionario prescriptivo, Kelsen declara que el concepto no es definible,<sup>43</sup> decisión sin embargo no excluye la posibilidad de análisis de su estructura sintáctico-semántica y de sus usos, elementos en los cuales la Teoría pura del derecho es relativamente parca.<sup>44</sup>

Estas imprecisiones, claro está, son el destino natural de toda teoría científica. Y, por ende, nada es de sorprendente que, luego de haber traído Kelsen al tapete de la discusión teórica, la cuestión de la definición y constitución de estos conceptos, la filosofía jurídica y la metodología de la ciencia se hayan ocupado especialmente de rehacer y refinar los correspondientes análisis. Creo, personalmente,

<sup>42</sup>Cfr., *ibidem*, párrafo 5 a: "La conducta obligatoria no es la conducta debida; debida es la sanción. Que una conducta sea obligatoria significa que lo opuesto de esa conducta es condición de que la sanción sea debida".

<sup>43</sup>*Ibidem*, párrafo 4 b, nota p. 5. El deber (*sollen*) es una noción simple, al modo del concepto de "bueno" en Moore; más aún ni siquiera es analizable. Pero puede ser reconocido a través de actos de voluntad. Esta tesis es elaborada en el capítulo 9 de la *Allgemeine Theorie der Normen*.

<sup>44</sup>Cfr., *Reine Rechtslehre*, ed. cit., párrafo 4, d.

que los desarrollos de las lógicas modales y normativas y de la filosofía del lenguaje y de los análisis lingüísticos, permite emprender una revisión más profunda de los conceptos básicos de la teoría del derecho: Kelsen inició tal tarea, pero su obra, como sabemos, quedó inconclusa.<sup>45</sup>

Lo cierto es que, a treinta años del ensayo de G. von Wright sobre lógica deóntica, los logros y desarrollos de las lógicas normativas son prodigiosos; no sólo se han convertido en un campo de investigación formal rico y variado, sino que sus contribuciones han servido a la labor especulativa y analítica en otros terrenos; teoría de las decisiones, teoría de juegos, teoría de sistemas, y claro está, al desarrollo de la especulación metaética y de la teoría general del derecho.

Me interesa apuntar, en este contexto, dos casos en que una problemática existente desde antiguo en la jurisprudencia y la teoría del derecho, a través de la reformulación kelseniana y los desarrollos posibles a partir de ella, adquieren nuevos niveles de precisión. Más aún: la vía abierta con el instrumental lógico-analítico disponible para la revisión y reformulación de conceptos centrales de la teoría del derecho, permite que la labor crítica propia de toda ciencia, adquiriera ahora en la jurisprudencia un sentido; el de hacer parte de la actividad científica misma la revisión constante de sus presupuestos y estructuras teóricas.

9. ¿Qué ha quedado del famoso *sollen*, del “deber ser” (como solía ser traducido en mal castellano) que aparecía elevado, en el exégesis kelseniana, al rótulo metafísico de todo un mundo: el mundo del deber-ser contrapuesto al mundo del ser? El objeto más característico de estudio de la jurisprudencia, las normas jurídicas, solían ser definidas como juicios de deber-ser, para diferenciarlas de los juicios de ser, que los juristas de entonces creían eran expresión de las leyes en las ciencias naturales y empíricas. Como el derecho, temática o tácitamente, era visto por lo menos como un conjunto de normas, era frecuente sostener que se encontraba situado, por una suerte de localización ontológica por demás misteriosa e imprecisa, en un su-

<sup>45</sup>Cfr., los ensayos sobre *Derecho y lógica* y sobre *El concepto de norma*, así como la obra póstuma reiteradas veces mencionada arriba.

puesto mundo o universo del deber-ser, que así de categoría lógica o gnoseológica, era enaltecida al rango de región ontológica.

Advertimos hoy que estas formas de hablar oscilando entre la ontología y la gramática, constituyen a lo sumo aproximaciones a análisis más refinados en la delimitación del objeto “derecho”, tal como lo explica sistemáticamente la jurisprudencia, o, mejor dicho, como intentaría hacerlo en cuanto ideal de ciencia racional. Claro, no hay tal cosa como un mundo del deber-ser, un dominio ontológico así caracterizable, donde el derecho se nos aparezca fenoméricamente o se nos constituya teóricamente, y poco queda aclarado cuando se nos declara que una norma es un juicio de deber-ser. Por de pronto al hablar de juicio (Kelsen normalmente hablaba de *Satz*, palabra igualmente ambigua en alemán que la castellana “juicio”), puede pensarse en la expresión verbal usada prescriptivamente, pero también en la proposición normativa formulada a través de ciertas oraciones. En cuanto el *sollen* era pensado como una cópula lógica, pareciera que la característica de las normas residiera en constituir proposiciones afectadas por ese operador lógico; en cuanto al *sollen* era pensado como una categoría trascendental, la cuestión ya no es limitada a la de la forma lógica de un enunciado normativo, sino al de sus posibles referencias semánticas y a sus condiciones de verdad; en cuanto el *sollen* era el indicador gramatical de un acto ilocucionario de prescripción, la palabra en cuestión podía ser considerada un indicador gramatical del contexto de uso pragmático en que el enunciado normativo podría ser eficazmente utilizado. Este tipo de problemas parece hoy susceptible de un esclarecimiento más simple, sin necesidad de recurrir a entidades metafísicas, mediante un análisis lógico y lingüístico más penetrante. Al intentarlo, advertimos que una carencia importante en la teoría del derecho, inclusive la kelseniana, es la de no haber establecido expresamente cuáles sean las reglas de formación, no sólo de los enunciados que en el plano objetivo son considerados normas, sino de los enunciados que la ciencia jurídica formule en su respecto.<sup>46</sup> La tesis kelseniana de que la no contradic-

<sup>46</sup>Cfr., al respecto, la crítica de D. Moore, *op. cit.*, nota 16 y, del autor, el ensayo “About some formation rules for legal languages”, en *Law, State and International Legal Order, Essays in honor of H. Kelsen*, ed. R. A. MétaI, 1964.

ción o compatibilidad lógica probada al nivel del metalenguaje de la jurisprudencia garantiza indirectamente la adecuación lógica entre las normas,<sup>47</sup> supone, entre otras cosas, que la lógica de los enunciados normativos de la jurisprudencia se adecua de alguna manera a la correspondiente a las normas mismas. Semejante tesis es utilizada, pero carece de prueba expresa en la Teoría pura del derecho.<sup>48</sup>

Supongamos, como es costumbre hacerlo, que cierta clase de enunciados, los declarativos pueden ser determinados como tales a nivel sintáctico (en rigor, la función declarativa tendría que ser también caracterizada a nivel pragmático). Ello es factible toda vez que los lenguajes naturales que utilizamos recurren a marcadores gramaticales conocidos justamente para distinguir ese tipo de operaciones. Enunciados de ese tipo, por otra parte, son vistos como la expresión gramatical de las proposiciones verdaderas o falsas de que se ocupa la lógica tradicional. A partir de ellos, cabe formar enunciados de mayor complejidad, que reciben otros usos pragmáticos; imperativos, desiderativos, contrafácticos, modales, etcétera. A nivel lógico-analítico -no a nivel gramatical, donde el análisis tiene que atenerse a una mayor complejidad- suele pensarse que los enunciados intencionales o modales pueden lograrse mediante la modalización de los enunciados meramente declarativos. Modalizar es una transformación lingüística por la cual, sin modificar la referencia semántica de los términos denotativos del enunciado, se modifica de alguna suerte su alcance intensional, modificando el dominio de valores que el enunciado pueda tener. Los verbos modales clásicos ("poder", "deber", etcétera) desempeñan frecuentemente esa función modalizadora: son verbos que no denotan, en ese uso, acción alguna, como lo hacen los verbos no modales, pero que, operando sobre otro verbo o sobre una oración

<sup>47</sup>Cfr., en relación con el isomorfismo posible entre la lógica deóntica (lógica de las normas) y la lógica de las proposiciones normativas (las *Rechtssätze* kelsenianas), el ensayo de Alchourrón, C., "Logic of norms and logic of normative propositions", en *Logique et Analyse*, núm. 47, 1969.

<sup>48</sup>Cfr., *Reine Rechtslehre*, ed. cit., parágrafo 16; "Los principios lógicos, si bien no directamente, por lo menos indirectamente, pueden ser aplicados a las normas jurídicas, en tanto y en cuanto esos principios son aplicables a los enunciados jurídicos que describen esas normas jurídicas, enunciados que pueden ser verdaderos o no verdaderos".

verbal, introducen un cambio en el sentido modal de la aseveración. Modifican, decía la lógica clásica, la modalidad del enunciado, o, también, el dominio en que el uso del enunciado es significativo intencionalmente.<sup>49</sup> El hecho de que toda oración enunciativa acepte ser modificada por uno de esos verbos modales -lo que depende no sólo de restricciones sintácticas, sino de limitaciones semánticas que cada lenguaje determina-, permite analizar la formulación lingüística de una norma como el acto por el cual a un enunciado declarativo se lo hace objeto de una transformación modal, a través de uno de los términos que, en la lengua de que se trate, funcionen como operadores modales deónticos. Dos cosas se ha preguntado al respecto la teoría kelseniana. Por un lado, cuál es el dato que es objeto de la modalización deóntica. Kelsen, que en un principio y al margen de una consideración lingüística-analítica del asunto, consideraba que el objeto modalizado era la conducta que constituía el contenido de la regulación jurídica; luego pensó que se trataba de un elemento común al referente de los enunciados declarativos y de los enunciados normativos, que denominó “sustrato modalmente neutro”.<sup>50</sup>

La segunda cuestión versó sobre cuáles eran efectivamente los operadores modales deónticos que utilizaba la jurisprudencia dogmática. Este segundo punto llevó a Kelsen a distinguir primeramente ciertos operadores deónticos fuertes, de otros derivados o débiles, y, en la última etapa de su pensamiento, a distinguir entre las funciones normativas que el legislador puede ejercer y los modos lógicos que las normas producidas, a través de esas funciones normativas, pueden exhibir.<sup>51</sup>

La teoría del derecho con Kelsen adquiere conciencia del nivel

<sup>49</sup>Vale decir: la modalización torna opaca, como decía Quine, la referencia del enunciado. Frege ya señaló que las modalidades normativas (como “deber”) convertían en oblicua la referencia del enunciado declarativo básico. Ahora bien, un enunciado con forma gramatical superficial modal adquiere sentido prescriptivo, u otro, en ciertos contextos de uso.

<sup>50</sup>Cfr., *Allgemeine Theorie der Normen*, cap. 16; también Opalek, K., *Überlegungen zu H. Kelsen's Allgemeine Theorie der Normen*, Viena, 1980, p. 22, y el ensayo del autor “Der modal indifferenten Substrat der Normen in der Allgemeine Theorie der Normen”, *Actas del Congreso del Centenario de H. Kelsen*, Viena, 1981.

<sup>51</sup>Cfr., *Allgemeine Theorie*, cap. 25.

analítico en que debe plantearse la cuestión de las modalidades deónticas del discurso normativo y de los enunciados que la jurisprudencia formule en su respecto. Claro está que su uso por los juristas -como en el caso de las modalidades de obligación o de prohibición- ha estado regido por las leyes sintáctico-semánticas del lenguaje natural en que el jurista se expresa: que tales modos normativos respondan a reglas lógicas propias que los interrelacionan y que su uso sirva para expresar la situación pragmática prescriptiva en que las oraciones jurídicas aparecen, es cuestión que sólo a partir de una Teoría pura -esto es, pragmáticamente depurada y semánticamente mejor definida- ha sido posible. Algunas de estas cuestiones se encuentran planteadas oscuramente bajo la caracterización del *sollen* como una categoría trascendental del conocimiento jurídico. Sea ello como fuere, el *sollen*, además de una categoría trascendental de una mítica conciencia trascendental, también es la denominación genérica de las modalidades deónticas que aparecen usadas, expresa o tácitamente, en cualquier norma.

En este respecto, cabe precisar una noción de norma, como tipo de proposición, cuyas reglas de formación lingüística y cuya lógica es, claro está, de fundamental importancia para el jurista. Inclusive, esta penetración analítica permitida por el instrumental formal de las lógicas y gramáticas contemporáneas permite distinguir varias concepciones de normas y diversos usos de estas concepciones que han sido motivo de confusión en la teoría general del derecho.<sup>52</sup> Por otra parte, la relación entre las modalidades *sollen* (como nombre genérico de todos los modos deónticos), como ingrediente lógico en la forma de los enunciados jurídicos, y la noción categorial que se pone en juego cuando conocemos jurídicamente ciertos elementos de los sistemas sociales, puede ser ahora mejor distinguida. Hay que decir hoy que las normas son algo más complejo que un mero juicio de deber-ser y que el deber-ser es algo más que la expresión de la llamada categoría de imputación normativa. Esta actividad analítica más ri-

<sup>52</sup>Cfr., Alchourrón, C. y E. Bulgin, "The expressive conception of norms", en Hilpinen, R., *New Studies in deontic logic*, 1981, p. 95 y ss.; de los mismos autores, *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, U. de Carabobo, 1979.

gurosa, que hoy constituye la labor propia de la teoría general del derecho (como explicación, en sentido carnapiano, de las nociones que la jurisprudencia efectivamente utiliza), forma parte, a mi mejor entender del proceso de racionalización que, como se dijo arriba, es consubstancial a la idea de ciencia en nuestros tiempos.

10. Una formulación más adecuada del sistema de conceptos que la jurisprudencia requiere se puede advertir en la ordenación que las lógicas deónticas han efectuado de las nociones normativas primitivas y de sus relaciones lógicas. Hace una generación todavía era tema de discusión en la teoría del derecho si algún tipo de normas tenían preminencia lógica sobre las restantes: se preguntaba si el derecho era un orden de deberes o un orden de prohibiciones. Siguiendo insinuaciones históricas que la jurisprudencia no había recogido, sobre todo de Leibniz,<sup>53</sup> las lógicas deónticas surgidas a partir del ensayo inicial sobre el tema de G. von Weight, advirtió que los modalizadores deónticos usuales podrían ser traducidos a un lenguaje formal, en el cual eran interdefinibles. Las relaciones que el jurista siempre ha tenido presentes, en forma vagamente intuitiva, entre nociones como la de prohibición y permisión, obligación y facultad, podían ahora ser definidas en forma tal que ciertas relaciones lógicas quedaran expresamente caracterizadas, así relaciones de equivalencia por interdefinición y, por ende, las relaciones más débiles, pero lógicamente fundamentales, de implicación. Si cualquier formulación normativa -aparezca ella como una prohibición, una autorización, un mandato, etcétera- podía transformarse en un enunciado normativo de otra modalidad, pero lógicamente equivalente, la antigua cuestión sobre la naturaleza ontológica del derecho: es el derecho es un orden de libertades (permisiones, facultades) o el derecho es un orden de deberes (obligaciones), se desvanece. Una función normativa cualquiera -que es un acto social real- puede expresarse a través de enunciados normativos de la modalidad deóntica que convenga: el recurso a una u otra modalidad deóntica no hace a la función normativa efectivamente en juego, sino a razones expresivas del legislador y a la mayor o menor

<sup>53</sup>Cfr., Leibniz, W., *Elementa iuris naturalis*, Ed. Academia, 1671, p. 480.

eficacia retórica que atribuya a sus prescripciones. Es este tipo de análisis, también, el que ha permitido a la teoría jurídica advertir que ciertos conceptos modales, que corrientemente utiliza, son lógicamente más problemáticos de lo que se pensara. Así la noción de permisión -generalmente representada por alguna forma del verbo modal “poder”- ha tenido que ser escindida en diversas acepciones o, si se quiere, ha requerido distinguir sus diferentes modalidades de uso. Autorizaciones, facultad, potestad, poder, capacidad, competencia, discrecionalidad, arbitrio, libertad, etcétera, son los términos tradicionales que hoy tenemos que pensar a la luz de las diferentes “permisiones” que las lógicas deónticas han obligado a distinguir. Inclusive, me atrevería a decir, el problema filosófico grave de la libertad ya no puede ser encarado con la ingenuidad o soberbia con que la especulación tradicional lo hizo.

Puesta en la criba analítica la noción de deber (*sollen*), otras categorías generales de la teoría del derecho -como se ha apuntado en el ensayo inicial de este libro- pueden ser reexaminadas y reformuladas. Las nociones primitivas -sanción u otras- que en la teoría kelseniana y, en general, en todo el pensamiento positivista jurídico, han fungido como conceptos materiales centrales de la teoría, pueden ser reformulados. Cabe traer a cuento aquí la tentativa reduccionista de A. Ross Anderson, donde el *sollen* mismo como un modo lógico indefinible (como llegó a sostener Kelsen),<sup>5 4</sup> es eliminado mediante la introducción de una constante proporcional que representa lo que los juristas entienden por actos sancionatorios. Con este procedimiento sería factible reducir las modalidades deónticas para quedarse con las tradicionales modalidades aléticas. Esta propuesta, que aún no ha sido explotada suficientemente por la teoría jurídica, exige, sin embargo un análisis más minucioso, de cual pueda ser la extensión empírica que los juristas estén dispuestos a dar a sus conceptos generales.<sup>5 5</sup> Y, luego, cuál de las lógicas modales aléticas sería convenien-

<sup>54</sup>Cfr., Ross Anderson, A., “The formal analysis of normative systems”, en Rescher, N., ed., *The logic of decision and action*, 1966, p. 14 y ss.

<sup>55</sup>Además del ensayo de A. Ross Anderson mencionado, en la última década se ha desarrollado la tendencia a dar una interpretación semántica a las formulaciones de la lógica deóntica. S. Kanger y J. Hintikka, entre otros, propusieron modelos semánticos, para supe-

te utilizar para formalizar y controlar la validez de las inferencias propias del discurso jurídico. Es ésta también una de las vías que la teoría del derecho recorre en su finalidad de alcanzar una mayor racionalidad en su objeto y en la actividad cognoscitiva que a él dedica.

#### 4. Pureza metódica, neutralidad ideológica y racionalidad

11. La ciencia, pues, pretende otorgar a las creencias racionales referentes a un campo objetivo un nivel de validez teórica en el que se logra:

un conjunto de saberes compartibles por una comunidad epistémica determinada; teorías, enunciados que las ponen en relación con un dominio de objetos, enunciados de observación comprobables intersubjetivamente: . . . le importa la objetividad. Su propósito de establecer razones incontrovertibles. Su ideal es un conocimiento compartible por la intersubjetividad racional más amplia: . . . la objetividad de su justificación le permite ser una garantía de verdad para cualquier sujeto que tenga acceso a sus razones.<sup>56</sup>

En la medida en que, frente a un dominio objetivo, se adopte una actitud científica nuestros conceptos tendrán que adquirir más precisión, para poder adquirir mayor determinación en uso en el lenguaje objetivo en que el discurso científico debe formularse. La precisión, cabe apuntar, no es un límite alcanzable y preestablecido, sino que se trata de un objetivo relativo que, en cada caso, será aceptado por criterios pragmáticos. La permanente revisión de los conceptos implica, claro está, que el conjunto de nociones más generales y de categorías clasificatorias y sistemáticas también vayan cayendo bajo el mismo proceso permanente de revisión y reformulación. En el terreno de una actividad científica -a diferencia de las actitudes de aceptación de dogmas o de creencias no sujetas a racionalización-, el sistema mismo de conceptos, el aparato conceptual, está siempre puesto en tela de juicio. De ahí que se suela hablar de la crisis permanente e intrínseca a toda ciencia, tanto en cuanto actividad per-

rar el análisis puramente sintáctico de los enunciados normativos. Cfr. al respecto: Hilpinen, R., ed., *Deontic Logic: la introducción y un ensayo de Hintikka*. En México una tentativa inicial en ese sentido la propuso U. Schmill en su ensayo "Consideraciones semánticas sobre la lógica deóntica, con especial referencia a la jurisprudencia", *Crítica*, núm. 22, 1976.

<sup>56</sup>Cfr., Villoro, L., *Creer, saber, conocer*, México, Siglo XXI, 1982, cap. 10, p. 222 y ss.

manente crítica, como al carácter provisorio de las teorías formuladas. Un ideario científico constituye así un sistema colectivo de creencias, pero sujetas a racionalización. Mientras los idearios científicos:

están sometidos a una constante revisión conforme al método racional (a un proceso de racionalización y justificación), las doctrinas están por el contrario sometidas a un esfuerzo constante de conservación conforme a una estrategia que tiende a la perpetuación de las creencias que las constituyen, puesto que “un ideario científico es un conjunto de hipótesis”, mientras que “una doctrina es un conjunto de dogmas”.<sup>57</sup>

¿Cómo conciliar estas pretensiones antagónicas cuando, en un ideario con pretensión científica, como la ciencia del derecho, se entremezclan hipótesis científicas con doctrinas, como sucede cuando, por ejemplo creencias religiosas o una ideología política -iusnaturalismo y marxismo son ejemplo al canto- aparecen junto a enunciados objetivamente verificables? La ciencia del derecho, hasta hoy y pese a tentativa tan enérgica de reforma como en su momento fueron los postulados de pureza metódica de Kelsen, constituye un ejemplo característico: en los textos de la ciencia del derecho encontramos entreveradas afirmaciones verificables, así como tesis deducidas en forma lógicamente correcta de los enunciados de base verificados, junto a afirmaciones puramente dogmáticas, religiosas, metafísicas o político-ideológicas.

Ello ha llevado a sostener que el discurso científico de la jurisprudencia es un mero discurso retórico, o la expresión de una ideología. Claro está que el discurso jurisprudencial exhibe esas características; pero de ahí no se sigue que la totalidad de sus logros objetivos tengan que ser menospreciados.

La delimitación del objeto de la jurisprudencia -tema del ensayo previo- o con terminología kantiana, la constitución gnoseológica unitaria del objeto de la ciencia históricamente tiene que ser vista

<sup>57</sup>Cfr., ahora el ensayo de Wright, G. von, “Normas de Orden Superior”, en *El lenguaje del derecho*, Buenos Aires, 1982, y el ensayo de Alchourrón, C. y D. Makinson, “Hierarchies of Regulations and their logic”, *cit., supra*, nota 19.

como un paso en el incremento de la racionalidad de ciertas creencias, lo cual, cabe desde ya reiterarlo, es un ideal no sólo teórico, sino también práctico.

En la teoría kelseniana clásica, la norma fundamental cumple esa función de hipótesis central de la ciencia del derecho, quedando en claro que no se trata de una norma integrante de un orden jurídico positivo, sino de un enunciado de la ciencia, o quizás, de la metaciencia, si consideráramos que los objetos normativos están constituidos por el discurso mismo de la jurisprudencia. Como se advirtió también antes, el propio Kelsen tuvo que desistir de la formulación simple de la *Grundnorm*. Seguramente tendría que haber revisado en consecuencia algunos de los conceptos relacionados, como el de la *Stufenfau* y el de sistema dinámico, nociones ambas que ofrecen, al parecer, dificultades lógicas grandes; la noción de sistema dinámico no podría ser tomada hoy más que como una aproximación intuitiva a una compleja problemática.<sup>58</sup> Como Kelsen indicara en el Simposio de Salsburgo en 1962, la cuestión no radica únicamente en que aparezca imposible que una norma (como sintácticamente es la *Grundnorm*) pueda constituirse en un acto de conocimiento, en lugar de un acto de voluntad; es tesis de la teoría que la norma fundamental justamente no es norma producida por acto de voluntad de autoridad alguna. Esta cuestión queda planteada sobre la base de un dualismo metafísico insostenible: el de razón teórica y de razón práctica (o voluntad), en cuyo respecto y en el marco de un pensamiento neokantiano, correspondería advertir que, en cuanto es objeto de una ciencia (una psicología teórica al modo kantiano) la voluntad tendría que estar constituida como objeto por la actividad cognoscitiva del intelecto; por lo tanto, los actos de voluntad creadores, ya no sólo de la norma fundamental, sino de cualquier norma, quedarían constituidos por la actividad gnoseológica de la jurisprudencia.

La norma básica kelseniana permitiría, en última instancia, decidir,

<sup>58</sup>La cuestión dista de ser pacífica. Por un lado la ética de orientación analítica ha desarrollado el tema de las razones de una acción como una suerte de explicación racional práctica de la conducta ética; en el marxismo, ha prosperado la noción de una praxis teórica, que décadas antes hubiera sonado a contradictoria; y en el tomismo continúa manteniéndose la terminología referente a una razón y una verdad prácticas.

desde el vértice de un orden normativo jerárquico, qué norma es o no parte de un concreto derecho positivo. Por sucesivas delegaciones, a cualquier nivel jerárquico podrían adoptarse decisiones similares, cuyo fundamento último radicaría, sin embargo, en ese supuesto metodológico que se expresa a través de la norma fundamental. Este planteo, en los textos de la teoría clásica, en sus diversas versiones, claro está, queda formulado con gran abstracción, pues dicha teoría, como teoría general del derecho, no es teoría de ningún derecho positivo en concreto.<sup>59</sup> De suerte que, así como la jurisprudencia que estudie y describa un concreto derecho positivo -el mexicano o el argentino, pongamos- tendrá que poder dar su versión del supuesto gnoseológico que utilice para determinar cuál sea su material de estudio, la Teoría pura queda satisfecha formulando el esquema genérico que sirva de modelo a cualquier norma fundamental en concreto. Este planteo pone ya en tela de juicio cuál sea el *status* metodológico de este tan controvertido concepto: si la norma fundamental, como sostuviera Kelsen, es una categoría gnoseológica de la ciencia del derecho, parece claro que su formulación teórica es el esquema de norma fundamental general que la Teoría pura ofrece. La forma concreta como los juristas expliciten la hipótesis básica que adopten como norma fundamental para el conocimiento de un cierto derecho positivo, constituiría una aplicación del esquema categorial general a un determinado material normativo.

Por otra parte, como es sabido, mientras que el esquema de norma fundamental que Kelsen discute no ofrece referencia específica a ninguna realidad histórica, sino que más bien recurre a algo así como a variables cuyo dominio si constituiría terrenos empíricamente determinables, como la noción de “primer constituyente” por ejemplo y la norma básica específica que la jurisprudencia formule con respecto de un concreto derecho positivo no pareciera alejada de la realidad en su referencia a quién sea, por caso, el primer constituyente. O, para decirlo de otra manera, mientras que el esquema general de nor-

<sup>59</sup>Cfr., del autor “La función sistemática de la norma fundamental”, *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1960, 1-II; posteriormente, Raz, J., “Kelsen’s theory of the basic norm”, en *The Authority of Law*, Oxford, 1979. La bibliografía sobre el tema es inabarcable a la fecha.

ma fundamental permitiría admitir que la noción de “primer constituyente”, primer órgano creador de normas que faculta a otros a crear normas por delegación es una noción no descriptiva a que recurre el pensamiento jurídico, no pareciera que la jurisprudencia dogmática, que si ha de ocuparse de explicar, describir y sistematizar las normas de un específico derecho positivo, pueda permitirse igual generalidad de libertad en la determinación de quién sea el primer constituyente en relación a ese orden concreto. Si bien cabe aceptar utópicamente que en la formulación de las normas fundamentales del derecho mexicano o argentino el jurista contaría con entera libertad para establecer los presupuestos que delimitan su tema de investigación, lo cierto es que ningún jurista procede así, sino que se atiene a una tradición aceptada por la comunidad científica. El consenso de la comunidad científica es también un hecho empírico, que el jurista acepta y verifica; no es un concepto puro que pueda extraerse de un mero análisis de las condiciones del conocimiento jurídico.<sup>60</sup> Por cierto que en los textos de Kelsen -sobre todo en la *General Theory of Law and State* y en otros en que es notoria y patente la influencia de la *jurisprudence* anglosajona- se afirma, a veces, que la determinación de los conceptos generales de la jurisprudencia debe alcanzarse mediante un puro esclarecimiento del lenguaje que la misma emplea, lo que sería algo diferente a un análisis de la constitución trascendental del objeto en el sentido kantiano, como ciertamente Kelsen originariamente propusiera.<sup>61</sup>

12. Sea ello como fuere, la problemática de la norma fundamental ofrece otras facetas que la hacen menesterosa de revisión. Como recordara Schmill en el ensayo anterior, y como parecieran ignorar tantos críticos de Kelsen, el propio autor de la Teoría pura, en las postrimerías de su vida, la puso de lado. En la *Reine Rechtslehre* de

<sup>60</sup>La problemática del valor intersubjetivo del conocimiento científico del derecho es tema central de la denominada escuela hermenéutica del derecho; Cfr., Aarnio, A., “On legal reasoning”, *cit., supra*; y Ziembinski, Z., “Das methodologische Modell der dogmatischen rechtswissenschaftlichen Disziplinen”, en *Rechtstheorie*, Beiheft I, 1979.

<sup>61</sup>Es bien sabido que con la obra de H. L. Hart se inicia una intensa línea de pensamiento en que la influencia de las escuelas de análisis lingüístico-filosófico son utilizadas por la teoría general del derecho. Sus resultado son utilizados, en alguna medida, en estas páginas.

1960, la versión final de la Teoría Pura, aparece un curioso capítulo dedicado a estudiar la norma fundamental en el derecho natural. En efecto, en esas páginas Kelsen comprueba que también una teoría concreta jusnaturalista tendría que contar con supuestos gnoseológicos análogos o idénticos a los que requiere la jurisprudencia positiva. Pues también un derecho natural consiste en un conjunto de normas que pretenden ser objeto de un conocimiento sistemático. De igual modo a los derechos positivos, no tenemos un único derecho natural, sino que, como pretensión expuesta por las teorías iusnaturalistas en su larga historia, tenemos diversas propuestas de derechos naturales. Estos sistemas de derechos naturales no han sido coordinados teóricamente y muchas veces, señala Kelsen, son lógicamente incompatibles entre sí, como cuando, por ejemplo, contienen normas de muy dispar contenido en relación a la propiedad y a la forma del Estado: tanto la propiedad colectiva como la propiedad individual figurarían en esos códigos de derecho natural; o sólo la democracia o alguna forma de autocracia, como la dictadura del proletariado, o la del caudillo en turno, serían lo que Dios o la razón o la naturaleza disponen. Las contiendas entre el derecho natural y el derecho positivo no son tan sencillas como alguna ideología religiosa jusnaturalista lo presenta,<sup>62</sup> pues al sostener la validez de un derecho positivo como dependiente de su congruencia con un sistema de derecho natural, no se resuelve previamente cuál sea el sistema de derecho natural postulado, y, en consecuencia, cuándo puede considerarse que una norma de derecho positivo es aceptable como norma válida por su compatibilidad con las normas de ese derecho natural. Ello -señala Kelsen- implica echar mano de un recurso análogo al de la norma fundamental, para hacer

<sup>62</sup> Así la tesis de la subalternación del derecho positivo al derecho natural, o a la moral, constituye una extensión de una relación lógica relativamente precisa cuando se refiere a enunciados, pero oscura cuando se la predica de sistemas. En rigor, la problemática de las relaciones entre el derecho internacional y los derechos nacionales, pero la formulación lógica de tales relaciones no ha sido aún efectuada. Cabe pensar que la intersección de sistemas normativos implica introducir reglas de derogación y de resolución de conflictos normativos. Las relaciones entre el derecho escrito y las normas consuetudinarias también tiene que ser pensada a la luz de las reglas de derogación. Estas, según creo, no pueden ser reglas válidas para ambos sistemas en colisión.

de un conjunto de reglas no positivas, un sistema normativo de derecho natural. Y así, como de acuerdo con el viejo principio de Hume, la derivación lógica de una norma requiere contar entre sus premisas por lo menos con un enunciado normativo, en los presupuestos de un sistema de derecho natural tendríamos que contar también con una norma que ya no sería parte del sistema mismo de derecho natural, sino que indicaría el modo de producción de sus normas o, si se quiere, el criterio material de reconocimiento para establecer qué normas lo integran y cuáles no. Así, el conjunto de normas supuestas de un derecho natural, adquieren la configuración propia de un derecho positivo, a saber, lo que Kelsen denomina un sistema dinámico. Ahora bien, el jusnaturalismo ha sabido incurrir en un naturalismo ético, al suponer que la postulación de un cierto hecho privilegiado -la constitución intrínseca de la naturaleza; la voluntad, los planes o designios divinos; la estructura de la razón- son razón suficiente para admitir la validez de las normas o de algunas normas del sistema normativo iusnatural. Pero, entonces, necesitaríamos, en forma idéntica lo que sucede con los derechos positivos, suponer una metanorma -ya no una norma derivada de la voluntad divina o de la naturaleza- que estableciera justamente ese criterio. Una norma por ejemplo que dijera: “deben obedecerse las leyes de la naturaleza, o las órdenes de la divinidad”. Esta metanorma, o norma fundamental del derecho natural, no puede fundarse en el valor que se atribuya al contenido de las normas que en ella se fundan, sino que tendría que tener otro fundamento, que no serían los clásicos criterios metafísicos de la teoría del derecho natural, sino un criterio dinámico. De ahí que se produzca el fenómeno que Kelsen llamara la “positivización del derecho natural” en que éste (o, en otros de sus avatares, la moral o la moralidad pura, o las buenas costumbres, o los principios dworkinianos, o los *standards* de la jurisprudencia anglosajona) pasa a ser un conjunto de normas positivas.

13. La cuestión de la positivización del derecho natural pone en crisis la tesis de la fuerza obligatoria intrínseca de sus reglas: esto es, sea por su origen divino o racional o por el valor propio del contenido de sus normas, el derecho natural sería intrínsecamente válido.

Pero al advertirse que en rigor, sólo tiene fuerza obligatoria o validez en cuanto se positiviza, una vieja tesis iusnaturalista pierde asidero. Dado que el derecho natural es de por sí obligatorio, la fuerza obligatoria del derecho positivo podía ser fundada en una norma del derecho natural que hiciera obligatoria la obediencia al derecho positivo.<sup>63</sup> Este problema desaparece. En efecto, para un positivista kelseniano no es norma de un sistema jurídico, por razones obvias de lógica, la norma que dijera que es deber jurídico obedecer el derecho positivo.<sup>64</sup> Pues, o bien, se trata de un vacío principio tautológico (son deberes jurídicos los deberes jurídicos), o se trata de un enunciado extrasistemático que seguramente conduce a paradojas. Bobbio ha caracterizado a los sostenedores del principio -que descuidadamente es repetido sin análisis por moralistas, políticos y aun juristas-, como “positivismo ideológico”.<sup>65</sup> Kelsen, claro está no incurre en tal error teórico. El jusnaturalismo en cambio y pese a su pretendida posición crítica frente al positivismo, se convierte en realidad en el sostenedor de esa forma extrema del positivismo ideológico. No es un azar histórico que sean los juristas de inspiración o ideología jusnaturalista los más acérrimos defensores de la obediencia estricta, por razones de conciencia o morales a las directivas de la autoridad.<sup>66</sup> La dogmática positiva, al deslindar claramente el aspecto ideológico-axiológico del descriptivo-explicativo, permite a todo ser humano -inclusive a los juristas- adoptar libremente la posición que quieran frente a las normas positivas dictadas por el legislador de carne y hueso; y ello, porque permite proceder a una descripción objetiva de las

<sup>63</sup>El *locus classicus* se encuentra en *Ep. ad Romanos*, XIII.

<sup>64</sup>El tema ha sido recientemente discutido; *cf.*, Raz, J., “The obligation to obey the law”, en *The Authority of Law*, cap. 12: la tesis de este autor es rotunda: “*I shall argue that there is no obligation to obey the law*”. El tema, sin embargo, tiene múltiples aspectos que aquí no se pueden ni siquiera señalar.

<sup>65</sup>*Cfr.*, *op. cit.*, en nota 4, y “El análisis funcional del derecho” y “La función promocional del derecho”, en el volumen *Contribuciones a la teoría del derecho*, caps. XI y XVII, Valencia, 1980.

<sup>66</sup>En efecto, la desobediencia al derecho positivo, por contrario al derecho natural, sólo puede aceptarse en casos límites, *cf.*, Tomás de Aquino, *Summa theologica*, II-II, 104, a. 6, *inter alia*.

normas que, por esas y otras razones, serían repudiadas o acatadas.

14. El planteo clásico kelseniano propugna algo más que, por cierto, no tendría hoy justificación teórica suficiente: la pretensión de constituir, a través del recurso a una norma fundamental, un objeto unitario de conocimiento, constituido por la totalidad de un orden jurídico. Se trata más bien de un ideal de la razón teórica -para hablar con Kant- que de una posibilidad teórica real. Este ideal implica otros postulados, que si bien la teoría jurídica ha aceptado tradicionalmente, una puesta a prueba más rigurosa ha demostrado ser insostenible: la coherencia del sistema de proposiciones como reflejo de un sistema normativo sin contradicciones, lo completo del discurso científico como correlato de la falta de lagunas en el derecho mismo, etcétera. Ahora bien, este ideal, por serlo justamente, no corresponde al estado de la ciencia del derecho. Y, más: no puede corresponderle por razones de tipo lógico, que investigaciones posteriores a los desarrollos de la Teoría pura han hecho explícitos.

Alchourrón y Bulygin ha puesto en tela de juicio estos ideales de racionalidad extrema: señalan que se trata de: “un uso vigente entre los juristas. . ., un ideal que los juristas comparten con los demás científicos; podríamos llamarlo -dicen- el ideal de completitud: consiste en la exigencia de que todo sistema científico -empírico, formal o normativo- sea completo. Este ideal de perfección tiene vigencia en el sentido de que constituye un presupuesto real de la actividad de los juristas, en la medida en que ella pueda ser calificada de científica. Se trata de un ideal puramente racional”.<sup>67</sup>

Agregan, más adelante que no se trata de “algo peculiar, propio de las ciencias normativas; también exigimos que los sistemas científicos sean completos en el sentido de que proporcionan explicación para todos los fenómenos de un determinado ámbito”.<sup>68</sup> En el terreno de las ciencias normativas, en forma análoga a las ciencias empíricas, contaríamos con un principio de determinismo universal, o con una versión del principio de razón suficiente: *nihil est sine ratione*:

<sup>67</sup> Alchourrón, C. y E. Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, ed. cit., p. 226.

<sup>68</sup> *Ibidem*, p. 230.

...el ideal de completitud normativo, esto es, la exigencia de que los sistemas normativos sean completos en el sentido de que solucionen todos los casos, presupone que todos los casos son solucionables. Decir que todos los casos son solucionables significa que para todo caso hay o es posible construir un sistema normativo tal que lo correlacione con alguna solución. La hipótesis de casos no solucionables, es decir situaciones en las que no hay razones (ni puede haberlas) para elegir tal o cual curso de acción, situaciones en las que toda elección es esencialmente arbitraria, es tan irracional, tan intolerable para la razón como la idea de fenómenos inexplicables (fenómenos no causados por nada).<sup>69</sup>

El ideal de racionalidad, válido también para la jurisprudencia como disciplina normativa, implica, por cierto, satisfacer el ideal de coherencia, el cual, en general, nunca ha sido cuestionado. Pero el otro componente del ideal de racionalidad -el de completitud- difícilmente puede ser satisfecho, sino, a lo sumo, postulado como ideal a satisfacer. Sostener que los sistemas jurídicos, dicen estos autores:

...son completos porque deben serlo -conforme al ideal sostenido- es una ilusión; derivar la completitud de la exigencia de completitud es una falacia. La exigencia es racional, pero la razón no justifica la inferencia. Si por 'racionalismo' se entiende la tendencia que consiste en atribuir a la razón mayores facultades de las que efectivamente posee, entonces cabe calificar la ilusión racionalista a la creencia en la completitud necesaria de los sistemas jurídicos.<sup>70</sup>

Estas exigencias racionales son incompatibles; un sistema normativo sólo podía ser enteramente completo a condición de ser inconsistente. Pero adviértase que este ideal es postulado del objeto de conocimiento: el orden jurídico. El ideal de racionalidad hace primariamente al discurso científico sobre ese objeto; sabemos también que sólo es posible elaborar teorías consistentes parciales. El ideal de una ciencia jurídica coherente y que abarcara todo el derecho es sólo eso: un ideal de la razón o, para decirlo con otro nombre, una utopía, la tarea gigantesca y quizás vana de reconstruir y reformular sistemáti-

<sup>69</sup>*Ibidem*, pp. 231-232.

<sup>70</sup>*Ibidem*, pp. 231-232.

camente a nivel jurisprudencial, al nivel de la ciencia del derecho, el conjunto las normas de un derecho positivo, a partir de un único enunciado o hipótesis fundamental única, como la norma fundamental hipotética kelseniana, es imposible.

Alchourrón y Bulygin señalan, por ejemplo, que la norma básica no sólo suministraría el criterio último de validez de todo el orden jurídico -lo que no es demostrable-, sino también sería enunciado que otorga competencia al primer legislador. Pero, como señalara Schmill en el trabajo inicial de este libro, de una proposición de la ciencia del derecho, por muy carácter normativo que tenga a nivel sintáctico, no puede derivarse la competencia de nadie para crear normas jurídicas. Más bien habría que adoptar criterios más específicos -como las denominadas reglas de admisión y reglas que rechazo<sup>71</sup> para determinar cuándo un enunciado normativo es válido, esto es, forma parte del orden jurídico explicado. Pero entonces, la integración del orden jurídico es relativa a ciertas reglas o criterios de identificación, que no son normas, sino reglas conceptuales en sentido carnapiano.

La filosofía del derecho -o la teoría general de derecho- no puede imponer, o pretender descubrir, un criterio de identificación universal, o un conjunto suficiente de criterios de identificación válido para todo derecho; sólo puede aspirar a “dilucidar cuáles sean los criterios de identificación que los científicos (del derecho) usan de hecho para identificar los enunciados de derecho válidos, es decir, los criterios efectivamente vigentes en una comunidad dada”.<sup>72</sup>

Se trata de una labor que sólo es cumplida parcialmente por los juristas. Así afirman los autores mencionados que “cuando los filósofos del derecho hablan de sistemas jurídicos, utilizan casi siempre esta expresión en el sentido de ‘ordenamiento’, es decir, se refieren a la totalidad de las normas válidas según un criterio de identificación”, como en el caso de Kelsen, Hart y Raz. Esta noción de ordenamiento sistemático no ha sido explorado suficientemente en su estructura y condiciones lógicas. No contamos con un modelo formal aceptado

<sup>71</sup>*Ibidem*, p. 119.

<sup>72</sup>*Ibidem*, p. 120.

para un sistema normativo como los jurídicos que satisfaga, por ejemplo, la propuesta de un orden jerárquico como el de *Stufenbau* kelseniano.<sup>73</sup>

Así claudica, como todo ideal excesivo, el ideal racional de completitud en el conocimiento jurídico. Hay que advertir también que dicho ideal de consistencia sólo recibe en la teoría tradicional una solución puramente *ad hoc*: se trata de la teoría sobre la determinación alternativa que la norma superior efectuaría sobre una norma inferior, que también Kelsen propusiera para solucionar el problema de que a veces una norma inferior, de contenido contrario a una superior, es convalidada por el acto de aplicación creación de un órgano. Esta teoría, en una posible interpretación, tiene el inconveniente que hace de todo sistema jurídico un discurso puramente tautológico y convierte en vacía a la noción de validez.<sup>74</sup> A ello convendría agregar que la noción de determinación, como cuando sostenemos que la constitución positiva determina el contenido de las leyes, o las leyes las de los negocios particulares, reviste una especial vaguedad, que no queda esclarecida remitiendo simplemente a la noción de sistema dinámico: un sistema dinámico es aquel que entre sus reglas de derivación contiene normas de competencia. Ello ha obligado a comenzar a discernir, en ese compuesto opaco que denominábamos ordenamiento jurídico, y en que la Teoría pura empezó a poner luz, diversos tipos de enunciados, normas, definiciones, reglas de competencia, enunciados derogatorios, autorizaciones, etcétera. Esa labor, aunque parezca extraño, está en sus inicios y ciertamente no existe consenso entre los teóricos del derecho a su respecto. Pero, nuevamente, importa subrayar que esta labor, lejos de ser un renunciamiento y una resignada aceptación de una fatalidad teórica, es un paso más en la racionalización creciente de un campo del saber, el que se ocupa del derecho y que a nosotros nos preocupa.

<sup>73</sup>Cfr., ahora el ensayo de C. Alchourrón y Makinson, *cit.*, nota 57.

<sup>74</sup>Cfr., mi ensayo sobre *La función sistemática de la norma fundamental*, cap. VIII; Esquivel, J., *Kelsen y Ross*, p. 78.