

LOS DETERMINANTES TEÓRICOS DE LA TEORÍA PURA DEL DERECHO

JORGE MILLAS,
profesor en la Universidad de Chile.

1. *Sobre el centro de gravedad de los sistemas*

La obra filosófico-jurídica de Hans Kelsen se manifiesta con especial efecto crítico en el dominio de tres clásicos problemas: la teoría de la norma, la teoría de la ciencia del derecho y la fundamentación de la obligatoriedad jurídica. Los demás aportes kelsenianos, incluyendo sus doctrinas sobre la norma fundamental, el Estado y el derecho natural, son desarrollo o aplicación de los puntos de vista adoptados frente a aquellas tres más generales cuestiones. Con todo, éstas no son tampoco investigaciones independientes, ni su dominio sobre el conjunto de los problemas se origina en las puras relaciones de importancia histórica de los diversos temas considerados.

Todo cuerpo tiene un centro de gravedad, que determina su equilibrio y es un punto de referencia necesario para la descripción de su dinámica. Los cuerpos de ideas, llamados comúnmente sistemas o teorías, no son ajenos a esta característica de las masas físicas. Cuanto más coherente, complejo y eficaz es un sistema, tanto más necesario es reconocer el centro de convergencia con el cual afianza, al par que la simplicidad de comprensión, la solidez de su estructura.

Con frecuencia dicho centro está constituido por los llamados “principios” del sistema. Pero el término es aquí de poca utilidad. Por una parte, es multívoco y tiene muchos usos. Puede referirse a las proposiciones dadas como punto de partida, pero que sólo regulan formalmente la construcción, sin determinar su contenido. Tal papel desempeñan, por ejemplo, los principios del método en la metafísica cartesiana. No son, pues, un verdadero centro, en el sentido aquí previsto. El término puede referirse también a las proposiciones que, sirviendo materialmente de fundamento, no operan como punto de partida en la construcción: tal el *cogito* en Descartes. A veces designa, en fin, los enunciados relativos al saber más general conquistado por el sistema, pero que sólo a partir de él operan como “principios”, no pudiendo, por tanto, servirle de fundamento. El cartesianismo, con la doctrina dualista de la sustancia, nos ofrece aquí también un buen ejemplo.

Por otra parte, aun cuando la referida clave consta de enunciados que de alguna manera son principios, no se reduce a ellos. Es muy importante reconocer el papel regulador que al mismo tiempo desempeña algún problema

o grupo de problemas, cuya solución orienta la construcción del sistema. En la filosofía de Descartes cumple ese cometido la búsqueda de la certeza absoluta, y en la de Kant, las preguntas, ¿cómo son posibles los juicios sintéticos *a priori*? y ¿es posible la metafísica como ciencia? En uno y en otro caso se trata de preguntas que tienen una función central, pues dan unidad al conjunto de las cuestiones más secundarias e incidentales de la doctrina, y organizan toda la investigación del correspondiente dominio de materias. No corresponden, pues, al enjambre de los problemas comunes que, dispersos y libres, zumban en nuestras cabezas cuando miramos intelectualmente el mundo, sea desde dentro, sea desde fuera de la ciencia. Son interrogaciones metodológicas, que por sí mismas constituyen fundamento.

Algo semejante ocurre con ciertos conceptos por lo común asociados a los elementos anteriores en la formación del núcleo central de una doctrina. Todas las grandes construcciones teóricas los tienen. Los de tiempo, espacio, masa y fuerza, de la física clásica, son un buen ejemplo. Los de potencia y acto, en Aristóteles; los de materia y forma, en Kant; el de intencionalidad en fenomenología; el de duración pura en la filosofía de Bergson, lo son también. No se trata de nociones sólo importantes por su generalidad, su precisión o su ingenio, sino también porque sostienen, como claves de bóveda, la estructura del edificio teórico y abren camino a su desarrollo.

2. *La teoría pura y el problema de su centro*

Que el conocimiento de un centro de gravitación teórica así constituido sea un recurso indispensable para la comprensión más simple de un sistema, es cosa digna de tenerse en cuenta. Es fácil perderse en el laberinto de definiciones, axiomas, inferencias y demás operaciones intelectuales que forman la exposición de una teoría, malogrando la trabazón de sus partes y la unidad de su función intelectual, con el consiguiente deterioro de su eficacia para la resolución de los problemas. Por eso, es una tarea de la mayor importancia encontrar en el entrevero de las fórmulas de una doctrina, los factores constructivos, *que son siempre algún problema y algunas tesis y conceptos*, por medio de los cuales se enlazan las partes del conjunto y se impone una dirección constante a su desarrollo.

La mayoría de las veces dicha tarea reclama por sí misma un esfuerzo de investigación y teoría, porque es común que los sistemas no identifiquen explícitamente su centro gravitacional. Más aún, éste suele ser ignorado, si no como intuición orientadora, al menos como definición conceptual reconocida o como verdadero principio, por el pensador mismo. A éste lo guía más el sentido implícito, la necesidad interna de su pensamiento, que la formulación expresa de la idea central.

El caso de la *teoría pura del derecho* es, en este sentido, característico. Toda ella gravita en torno a una pregunta capital y a su correspondiente

respuesta, regulando la expansión del sistema y la interconexión de sus partes. La teoría no contiene, sin embargo, ninguna expresa identificación de tan decisivos elementos, y aunque en ocasiones surgen referencias a ellos, no parece reconocerlos como su centro de equilibrio y, por tanto, como origen de su coherencia.

Si nos atuviéramos a la expresa autodefinición de la doctrina, al perfil que de ella nos dibuja el propio Kelsen, debiéramos limitarnos a señalar como carácter suyo esencial el intento de describir el derecho positivo como derecho, en su generalidad y especificidad de tal. Hoy son ya famosas las reflexiones iniciales de la principal exposición sistemática de la teoría:

La Teoría pura del Derecho es una teoría del Derecho positivo. Del Derecho positivo a secas, no de un orden jurídico especial... Como teoría, quiere conocer única y exclusivamente su objeto. Procura responder a las preguntas sobre qué es y cómo es el Derecho, pero no a la cuestión de cómo debe ser o cómo debe elaborárselo... Si ella se califica como Teoría "pura" del Derecho es porque pretende garantizar un conocimiento dirigido solamente hacia el Derecho, y porque pretende eliminar de este conocimiento todo lo que no pertenece al objeto exactamente señalado como Derecho. En cuanto ciencia, no se considera obligada más que a concebir al Derecho positivo con arreglo a su esencia y a comprenderlo por un análisis de su estructura.¹

En verdad, esta descripción es exacta: contiene el delineamiento general de la construcción kelseniana. Todas las componentes de ésta caben allí, con rasgos de inequívoca filiación. Más aún, en ella podemos encontrar algunos de los elementos que constituyen el problema y la concepción capitales de la teoría, en esa función de centro de gravedad que hemos señalado. Sin embargo, como determinación de ese centro es del todo insuficiente. Lo que la teoría pura del derecho significa como nueva perspectiva y como *principio* de reconstrucción de la ciencia jurídica, no está enunciado allí ni en su especificidad ni en su función reguladora del sistema. De hecho, el ideal de "pureza" así definido expresa también el programa científico del positivismo del siglo XIX. En lo esencial refleja la inspiración metodológica que ya entonces presidía el intento de construir una teoría general del derecho, una jurisprudencia libre de supuestos metafísicos. La coincidencia es particularmente notoria con el pensamiento de la jurisprudencia analítica, tal como la desarrollara John Austin en su búsqueda de un sistema riguroso de conceptos, aptos para constituir una ciencia exacta del derecho o *General Jurisprudence*, como él la llamó.

Kelsen no ignora, por supuesto, estas conexiones.² Al contrario, las

¹ Hans Kelsen, *La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática científica del derecho*, Losada, Buenos Aires, 2ª ed., 1946, I, 1; I, 9, pp. 25 y 43.

² Hans Kelsen, "La Teoría Pura del Derecho y la Jurisprudencia Analítica", en *La Idea del derecho natural y otros ensayos*, Losada, Buenos Aires, 1946.

subraya como índice del valor objetivo y del alcance científico de la teoría pura. Tiene también buen cuidado de señalar las diferencias más importantes, que conciernen sobre todo a la acentuada asociación del positivismo jurídico con las ciencias de la naturaleza y de la sociedad y con las ideologías políticas del siglo, y al psicologismo de que se halla teñida todavía la doctrina de Austin, sobre todo en lo tocante a la concepción de la norma. Pero estos contrapuntos, esclarecidos por la propia teoría pura, marcan un poco el paso en la tarea de descubrir su clave. Son también pertinentes al asunto, como lo es el índice de la pureza metodológica; pero no parecen acertar en lo que es decisivo como principio y como idea reguladora.

Se hace, pues, necesario reconocerlo desde fuera de la propia teoría, aunque, claro, no sin seguir los indicios que ella misma, aquí y allá, va poniendo en descubierto.

Hay dos que, en este sentido, tienen particular importancia: a) la redefinición, en función de relaciones puramente lógicas, de la mayoría de los conceptos fundamentales del derecho, con la consiguiente disolución de sus significados reales y de su empleo hipostático; b) la idea de la ciencia jurídica no sólo como ciencia *de* normas —ciencia que no trata, por tanto, de hechos— sino ella misma normativa, en cuanto se expresaría en proposiciones de *deber ser*.

Ambos aspectos de la teoría pura son de suyo complejos. Su exposición y análisis requeriría apartarnos del camino que las presentes reflexiones, enredando un poco el hilo del discurso. Limitémonos, pues, a señalar sólo lo indispensable para nuestro propósito, que consiste en buscar, a partir de estos rasgos de la concepción kelseniana, su verdadera matriz teórica.

3. *Redefinición de conceptos jurídicos*

Entre las singularidades de la obra de Kelsen figura su intento de redefinir buen número de los conceptos jurídicos fundamentales. Pocas de las nociones constitutivas del mundo de la objetividad jurídica escapan a esa revisión. Ahí está, para verificarlo, la reconstrucción de las ideas de persona, de validez, de deber jurídico, de interpretación, de acto antijurídico, de derecho subjetivo, de relación jurídica, de derecho privado, de Estado, de derechos reales.

¿Qué indicios nos ofrece esta empresa para la identificación de las claves del sistema?

El examen de dos instancias puede ser suficiente para dar con la respuesta. Atendamos a los conceptos de *persona* y de *Estado*.

Se trata de una pareja de nociones ligadas tanto por la comunidad de ciertos caracteres, como por la función categorial que les ha correspondido en la vieja teoría general del derecho. Una y otra pasan por ser, de alguna manera, correspondientes jurídicos de los conceptos naturales de persona y de sociedad humanas.

a) *La persona natural*

Para dicha teoría, la persona es el sujeto individual o supraindividual de las obligaciones y de los derechos. Pero este sujeto es concebido, ya unívoca, ya analógicamente, como un ser real, el ser de la persona psico-física del hombre. Es, por eso, característica la definición de Du Pasquier: “una primera categoría de sujetos de derecho consiste en los seres humanos: son las personas físicas consideradas individualmente, llamadas también personas reales”.³ Y agrega Du Pasquier:

Las personas físicas no son las únicas que pueden ser sujetos de derechos y obligaciones. Esta facultad se reconoce igualmente a las personas morales, llamadas también *personas jurídicas*. . . : son seres creados artificialmente por la vía jurídica y a los cuales el mecanismo del derecho otorga idénticos medios que a una persona física; por eso una sociedad anónima o una comuna pueden ser propietarios, comprar, vender, obligarse.

Dentro de esta manera de ver y aplicándola en otro plano de abstracción, aunque no menos referida a una entidad real, se trata a la noción de “Estado”. Al Estado se le concibe también como persona. Muchas veces la teoría introduce conceptos auxiliares, por ejemplo, el de “persona ficticia” —para señalar la diferencia que va del individuo al ente supra-individual del Estado. Pero ni en este caso, ni menos aún en el de las concepciones que resueltamente le atribuyen entidad real, particularizándolo como ser “espiritual” (Max Scheler, *v. gr.*), se deja de pensar por modo sustancialista, construyendo la noción jurídica sobre la base de una idea de realidad, esto es, de objeto perteneciente al orden del acaecer.

Con razón, un teórico de esta postura como Francesco Carnelutti compara el concepto de persona que utilizan los juristas, con el de cosa, y lo llama pre-jurídico:⁴ concepto originado, por tanto, en otros campos que los del conocimiento del derecho, es decir, en los de las ciencias reales de la naturaleza y de la sociedad, y aún de la metafísica.

Un escollo lógico tradicional de la teoría del derecho revela, desde otro ángulo, el carácter de interpolación con que los conceptos de “persona” y “Estado” se introducen en el conocimiento jurídico. La contraposición técnica, incorporada ya al lenguaje elemental de los juristas, entre persona “natural” (física) y “jurídica”, es, en efecto, absurda. Con la expresión “persona natural” se intenta designar al hombre, al sujeto individual de derechos y obligaciones. El término “persona jurídica” se reserva, en cambio, para sujetos de derecho que, generados por la acción e intereses comunes de ciertas agrupaciones humanas, o en el destino que para un fin previsto

³ Claude du Pasquier, *Introduction a la théorie générale et a la philosophie du droit*, Delachaux et Niestlé, Neuchâtel-Paris, 1948, 3ª edit., s. 104 y 105, pp. 83-84.

⁴ F. Carnelutti, *Teoría general del derecho*, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, S. 47, p. 151.

por alguna persona se da a un patrimonio, no se identifican con los derechos y obligaciones individuales de quienes forman la agrupación o administran dicho patrimonio. El absurdo de la distinción reside en fundarla en una contraposición irrelevante de conceptos como es la de “natural (física) y jurídica”. La persona individual o sujeto común del derecho es también jurídica, pues es sólo en el aspecto de su capacidad como sujeto de derechos y obligaciones que se le toma como persona; o mejor, sólo es “persona” (en el sentido del derecho) en cuanto el derecho la conceptualiza como tal. Por otra parte, la persona “jurídica” es también “natural” (real), porque no obstante la abstracción que se hace para separar los individuos de la entidad supraindividual que con la mancomunación de fines y medios se genera, siempre son actos de personas individuales los que el derecho regula al ocuparse de ella. Aunque apoyado en otra línea de análisis, Carnelutti ha reconocido también el escollo. “Son físicas, es decir, naturales —escribe— tanto las personas de los hombres individuales, como las de los complejos de hombres a los que se reconoce como sujetos de derecho; y jurídicas, a su vez, es decir, sujetos de derecho, lo son tanto las primeras como las segundas”.⁵

Ahora bien. Este pequeño paralogismo del lenguaje es del todo comprensible. Proviene de la orientación naturalista que, independientemente de la diversidad de las concepciones filosóficas que se disputan la orientación del derecho, ha dominado la conceptualización jurídica. Al reconocer como propiamente “jurídicas” sólo a ciertas personas, la teoría del derecho subraya el carácter real, originario de las otras —los individuos humanos—, y hace de las primeras una construcción tributaria de aquéllas, concebidas según su modelo. Las personas jurídicas son tomadas, por eso, como “ficciones”: la ficción es una construcción imaginaria que simula lo real.

El pensamiento de Kelsen representa un cambio radical de punto de vista, al desplazarse del plano fáctico al plano lógico. El concepto *jurídico* de persona no es ya para él una interpolación del concepto psico-biológico del individuo en el pensamiento del derecho. No se trata, por tanto, de una noción pre-jurídica que, según lo entiende Carnelutti, la ciencia del derecho hubiera trasladado desde el campo de las ciencias naturales. Una noción semejante no podría cumplir la función significativa que importa al jurista. El pensamiento jurídico es pensamiento normativo, y en cuanto tal, agota sus posibilidades al determinar el sentido y las condiciones de validez de las normas y, en general, las relaciones por medio de las cuales ellas forman un sistema. Para Kelsen, no cuentan, pues, ni cosas ni sucesos, nada relativo al acaecer, sino conexiones de exigibilidad o deber ser. Los objetos y sucesos —por ejemplo, las personas— que aparecen en el contenido de las normas, no son pensados como elementos de un acaecer que se describe, sino como condiciones lógicas para la constitución de un sentido de exigibilidad normativa. El pensamiento jurídico no se mueve en el plano de la obje-

⁵ F. Carnelutti, *op. cit.*, S. 48, p. 153.

tividad real, donde las ideas se determinan por lo que *es*, sino en el de la objetividad prescriptiva; en ella lo pensado se determina por lo que *debe ser*, según las condiciones de construcción de este concepto por el propio sistema.

Vistas así las cosas, el concepto de “persona” carece para Kelsen de verdadera significación jurídica, y constituye una concesión al lenguaje antropomórfico empleado por los juristas. A lo sumo, cumple una función “unitaria personificadora” —en cierto sentido metafórica— para auxiliar al pensamiento y al lenguaje en la designación de un complejo de deberes y derechos coordinados de una manera específica. Jurídicamente hablando, la persona se disuelve frente al derecho en un haz de obligaciones y facultades constituidas por el derecho mismo. Más allá de esto, el pensamiento jurídico no mienta cosa alguna; la persona natural, sujeto real, queda fuera de su alcance “con todas sus funciones anímicas y corporales”. Lo único que el concepto aprehende es “la unidad de una pluralidad de deberes y derechos”, un mero centro de referencia o soporte de las conductas estatuidas como deberes y facultades. Se trata, en buenas cuentas, de una construcción lógica del pensar normativo. Como tal construcción, no es nada que el derecho encuentre ya dado como objeto que hubiera de reconocer y expresar. Al contrario, es algo que él inventa: la “persona” o “sujeto” del derecho no es sino el sistema de las normas que, con respecto a un mismo centro de imputación, determinan lo que se debe y lo que se puede dentro del ordenamiento jurídico.

b) *El Estado*

El concepto de Estado experimenta parecido tratamiento disolvente. Aquí otra vez nos encontramos con un importante cambio de perspectivas, producido por el tránsito desde el plano real de los hechos al plano ideal de la lógica.

La operación es ahora más fácil. Tratándose del concepto de “persona natural”, el pensamiento jurídico dispuso siempre de una noción sustancialista —la de “persona” como ente psico-físico y aún espiritual. Los juristas no dudaron nunca del cabal sentido de un concepto que, siendo independiente de su ciencia, desempeñaba en ella la función de referencia a lo real. Esta referencia, aunque diferente al pensamiento descriptivo de las proposiciones del ser, es, en definitiva, parte esencial del sentido de una norma, lo que puede constituir a la larga un serio tropiezo para la doctrina de Kelsen.

Pero el concepto de Estado cambia las condiciones del problema. Aún para la filosofía clásica del derecho fue siempre debatible el alcance real de ese concepto. Al fin y al cabo el Estado no es un dato manifiesto de la experiencia natural. No lo hallamos en nuestras vidas con la inequívoca presencia con que, independientemente de toda metafísica, topamos nuestra propia persona y la de los demás seres humanos. Recaséns Siches lo ha dicho muy bien: “A pesar de ser el Estado algo tan próximo a nosotros, con el que estamos en trato constante, cuando intentamos aprehender su esencia, determinar su ser,

aprehenderlo en un concepto claro y preciso, se nos escapa y vacilan todas las representaciones que del mismo nos habíamos formado”.⁶

Sólo de los esfuerzos de la construcción especulativa, y apelando a confusas intenciones “espirituales” y “éticas” (cuando no místicas) surge la idea de la “personalidad” del Estado y de su naturaleza de ente real. No es, pues, extraño que los juristas, antes y después de Kelsen, hayan ensayado numerosas otras concepciones que hacen del Estado la noción *sui generis*, ya de un ente ficticio, ya de un complejo de realidades (territorio, personas, poder, obediencia), ya de un complejo de cosas reales e ideales (sociedad y normas, normatividad y normalidad: Recaséns), ya de un sistema institucional (la nación jurídicamente organizada).

Así pues, el terreno para una disolución del concepto lo encuentra Kelsen ya abonado por la tradición de los propios juristas. Y esta tradición facilita tanto más las cosas, cuanto que el reductivismo jurídico asomaba ya con la insistencia de muchas doctrinas en el papel del derecho como constituyente de la conformación estatal de la sociedad. El devastador pensamiento de Kelsen radicaliza, por supuesto, ese punto de vista y lo lleva a sus últimas consecuencias: así como la noción de persona, la del Estado se convierte en una cosa superflua.

Dicha superfluidad se pone de manifiesto en cuanto, abandonando las vías de la especulación metafísica y de la alucinación mística, nos atenemos al análisis de lo que significa pensar “el Estado” y percibir su fenómeno. En ambos casos, sólo encuentra Kelsen una cosa: unos actos humanos de producción o ejecución de normas jurídicas, cuyo sentido de actos del Estado se halla determinado por esas mismas normas. El Estado no es sino el orden jurídico, el orden social coactivo normativamente constituido. El dualismo tradicional de Estado y derecho, en cuya virtud se atribuye a aquél una realidad independiente del orden jurídico, y a éste el carácter de creación del Estado, es contradictorio. Nunca, en efecto, deja de reconocerse en el Estado un carácter jurídico: no puede, pues, concebirse que el propio Estado cree el orden que lo genera, ni que éste engendre a su propio generador.

En verdad, tal como sucede con las ideas de “persona natural” y de “persona jurídica”, la del Estado constituiría una representación auxiliar, destinada a apoyar intuitivamente el concepto de unidad del orden normativo. Tras la personificación del orden jurídico que es el Estado, Kelsen no ve otra cosa que los actos de producción y ejecución del derecho, actos humanos cuyo *sentido* estatal se halla prescrito por el propio orden. En conformidad con dicho sentido, tales actos no son imputables a sus ejecutores mismos, sino a una suerte de sujeto supraindividual que, descartada la intuición auxiliar que lo encarna en la fantasía y el lenguaje, no tiene otro alcance que el puramente lógico de pensar la unidad del orden establecido. Sáquese esa unidad del plano lógico en que se constituye y personifíquese en la

⁶ Luis Recaséns Siches, *Filosofía del derecho*. Editorial Porrúa, México, 1959, cap. 13.2., p. 335.

representación: he ahí el Estado. “El dualismo de Estado y derecho —dirá Kelsen— proviene de hipostatizar la personificación, afirmando que esta expresión figurada es un ser real y oponiéndola así al derecho”.⁷

4. *La ciencia jurídica como ciencia normativa*

La teoría pura del derecho es en gran medida y con significación importante para la dilucidación del núcleo teórico del sistema, una epistemología jurídica, una teoría de la ciencia del derecho. Los caracteres que en este sentido ofrece la doctrina de Kelsen son coincidentes con el monismo de sus conceptos jurídicos fundamentales. Sólo con este alcance los bosquejaremos aquí, prescindiendo no sólo de muchos desarrollos ofrecidos por la propia doctrina, sino también de las dificultades señaladas por sus críticos.

El designio capital de la teoría pura es de típico rigor kelseniano: se trata, en lo esencial, de contraer la ciencia del derecho a los objetos, conceptos y métodos que en rigor le corresponden según su nombre. Contraerla por modo tal, que sea efectivamente *ciencia* —y no metafísica o moral o política—, y que lo sea, en efecto, del *derecho* —y no de la naturaleza o de la sociedad. La tarea le parece esencialísima para sacar a la jurisprudencia de su deplorable confusión y anclar dependencia. El balance de su historia más reciente muestra, en efecto, que en ella se mezclan los problemas y los conceptos, desde los biológicos a los teológicos, como si la ciencia del derecho, carente de dominio propio, no pudiera vivir sino de prestado. Ello, claro está, conduce a un pseudo-saber, a un conocimiento fofo y ambiguo, frente al cual aún el ingenuo escepticismo de von Kirchman llega a tener razón. La crítica del famoso fiscal cuando compara el verbalismo y vacuidad conceptual de la ciencia jurídica clásica con la solidez de las ciencias naturales, es el subproducto inevitable de aquélla. Aunque dicha crítica esté tan mal fundada, epistemológicamente, como el propio saber que critica, pone de relieve sus principales limitaciones, abonando el campo de la reflexión kelseniana. La crítica de Kelsen tiene por eso una curiosa relación de antagonismo y de compenetración con su antecesora. Podría, por una parte, apoyarse en ella (Kelsen, de hecho, no lo hace), en cuanto ella muestra, en efecto, el lamentable estado de una ciencia que no ha sabido reconocerse en su especificidad. Puede, por otra parte, invalidarla, porque la discusión de von Kirchman se funda en una noción por entero descaminada de una ciencia rigurosa del derecho. Se funda, de hecho, en el mismo modelo de jurisprudencia que inspira a la teoría tradicional censurada por él.

a) *Que la ciencia del derecho sea ciencia*

La intención de que la ciencia jurídica sea, ante todo, ciencia, implica procurarle un contenido genuinamente cognoscitivo, y eliminar, como cosa

⁷ H. Kelsen, “La Teoría Pura del Derecho y la Jurisprudencia Analítica”, en: *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Losada, Buenos Aires, 1946, p. 231.

ajena a su competencia, los juicios de valor en sentido estricto. La moral y la política del derecho, dado el carácter no racionalmente cognoscitivo de su tarea —y éste es un supuesto fundamental del kelsenismo—, son extrañas a una verdadera (rigurosa y objetiva) ciencia jurídica. Tanto la moral como la política del derecho no se interesan por lo que es y cómo es el derecho, sino cómo debiera ser. Pero esto último no puede ser establecido por la ciencia. Es una decisión irracional de la voluntad, expresión de un querer, satisfacción de un interés. La moral y la política jurídicas son creaciones ideológicas, y, en cuanto tales, la realidad del derecho les incumbe menos como objeto de conocimiento que como cosa para exaltar y conservar o para condenar y rehacer. La perspectiva moral del derecho es la perspectiva de la justicia, en cuya función se determina el valor de un orden, y por ende, su admisibilidad o rechazo. Pero el concepto de justicia trasciende al derecho: éste no tiene recursos cognoscitivos para determinarlo. Si lo recibe, ha de ser por una decisión de fundamento emocional, arbitraria desde el punto de vista del conocimiento, contradictoria en sus muchas posibilidades de contenido. A decir verdad —piensa Kelsen— “la Justicia es un ideal irracional”. “Por indispensable que sea al querer y al obrar del hombre, no es accesible al conocimiento.”

El agnosticismo del valor, que con respecto al problema de la justicia el filósofo vienés ha elaborado con implacable rigor analítico,⁸ es, aunque no convincente, una buena base para su delimitación de los campos de la moral y del derecho, y tiene, según se ve, un decidido carácter epistemológico. Pero no es el único criterio kelseniano. Tan importante como él, y hasta menos expuesto a las serias dudas que plantea, es el criterio lógico: las normas del derecho revelan al análisis un sentido por entero diferente al de las normas morales. El *deber ser* expresado por unas y otras, significa cosas muy distintas: no se *debe* jurídicamente una conducta en el mismo sentido en que se *debe* la conducta moral, aunque, como suele ocurrir, la misma conducta sea debida en ambos sentidos.

b) *Que la ciencia del derecho lo sea del derecho*

Esto último pertenece ya al problema del objeto de la ciencia del derecho, dominio de la epistemología jurídica donde Kelsen impone también una contracción a lo esencial. Para una cabal reconstrucción de la ciencia jurídica, no le basta con ser científica: le es menester, además, ser ciencia *del derecho* y no de otra cosa. La delimitación rigurosa de su objeto es tan importante como la de su método.

Ahora bien. La tradición positivista del derecho, a la cual Kelsen se liga con explícito reconocimiento, aunque no sin serias, y muy serias, reser-

⁸ Véase especialmente su extensa discusión del tema en “Justicia y derecho natural” en: Hans Kelsen, Bobbio y otros, *Crítica del derecho natural*, Taurus, Madrid, 1966.

vas, se propuso en el siglo XIX un ideal semejante. Y lo alcanzó, reconociendo en el derecho positivo el único objeto posible de una verdadera *ciencia* jurídica, esto es, de un conocimiento racional —y por racional, objetivo, verificable y comunicable— del derecho.

El maestro de la teoría pura hará suya esta conclusión, que encabeza buen número de sus exposiciones: “La Teoría Pura del Derecho es una teoría del derecho positivo.” Pero la jurisprudencia positivista del siglo XIX limitó de hecho el alcance de este teorema epistemológico, haciéndolo operar sólo frente al jusnaturalismo. Que la ciencia jurídica no tenga otro objeto que el derecho positivo, sólo significó la exclusión del derecho natural. Por cierto que este sentido es también válido para Kelsen, el más implacable y penetrante crítico de las concepciones jusnaturalistas en todas sus versiones: “La Teoría Pura del Derecho —afirma, por eso— es una teoría monista del derecho: según ésta, no hay más que *un* derecho, el derecho positivo.”⁹ El alcance de este principio es para él mucho mayor, sin embargo: no sólo afecta, por exclusión, al iusnaturalismo, sino también al naturalismo del derecho. Su fórmula del positivismo podría, más bien, decir: no hay otro derecho que el derecho positivo, por lo cual la ciencia jurídica no versa ni sobre los valores conectados con el derecho ni sobre los hechos (físicos, psíquicos y sociales) asociados a él.

La última parte de esta tesis afecta directamente a las concepciones positivistas del siglo XIX y al cortejo de ideas que las sigue a partir de Ihering, en la línea del sociologismo, del marxismo, del derecho libre, del realismo, de la jurisprudencia experimental; afecta aún a una tendencia en algunos puntos tributaria de Kelsen, como es la egología de Cossio y su escuela. Y las afecta en algo esencial, concerniente al objeto de la ciencia jurídica. Para todas esas doctrinas, de una manera u otra, con mayores o menores precauciones lógicas y metodológicas (la egología, por ejemplo, adopta varias) el objeto que conoce el jurista es, en todo o en parte, un hecho del acaecer natural: la conducta humana. Trátase, pues, de una epistemología de alcance naturalista, que concibe la ciencia del derecho como ciencia real de un complejo de fenómenos psico-biológicos y sociales.

Kelsen rechaza de plano esta concepción. Los hechos naturales y sociales constitutivos del fenómeno jurídico son, en cuanto meros hechos, la exterioridad del fenómeno, y pertenecen al dominio de las ciencias de la naturaleza (biología, psicología) o de la sociedad (sociología, economía). Al derecho sólo le compete el *sentido jurídico* de tales hechos. Pero dicho sentido es algo que no les pertenece intrínsecamente, sino que les es atribuido por las normas: éstas son, pues, el verdadero objeto de las ciencias del derecho.

La distinción entre un acto (humano) y su significado es en este punto de suma importancia. Si no la tenemos presente, la ciencia jurídica corre el riesgo “de disolverse en la ciencia natural”, por abandono de su objeto

⁹ H. Kelsen, *Justicia y derecho natural*. op. cit., p. 163.

específico y de la peculiaridad de sus problemas. Un acto es un hecho de la naturaleza, un dato perceptible del acaecer: por ejemplo, un homicidio, una votación en el parlamento, el dictamen de una sentencia. Su descripción o intelección como hecho se agotan en la percepción sensorial y en la concepción que a ella sigue y que la adscribe a las leyes causales de la naturaleza, incluidas las del comportamiento psíquico. Dicha tarea no compete, por supuesto, al jurista. La labor propia de éste sólo comienza al constituirse el campo de los significados jurídicos de esos mismos hechos. Mas, ¿cómo y dónde surgen tales significados?

Ningún esfuerzo de percepción ni de análisis científico-naturalista podría descubrirlo, porque no pertenece a la realidad del fenómeno. Éste —por ejemplo, el asesinato o cierto gesto de una persona en el curso de una licitación— *adquiere* carácter jurídico en virtud de una norma que posee determinadas propiedades como parte de un sistema normativo, igualmente determinable por las suyas.

“El conocimiento jurídico se dirige a estas normas que confieren a ciertos hechos el carácter de actos jurídicos (o anti-jurídicos)”. Tal es la enseñanza epistemológica fundamental de la teoría pura. Para ella la ciencia del derecho es una *ciencia interpretativa*, si pudiéramos introducir esta nomenclatura en una clasificación de las ciencias. Kelsen mismo llama a la norma un esquema de interpretación. Sólo este esquema es, para él, el objeto jurídico *stricto sensu*, un sentido estricto que en la concepción de la teoría pura ha de ser tomado con efectiva estrictez. El objeto jurídico es verdaderamente un objeto lógico. Lo que origina una ciencia específica del derecho, es decir, de las normas jurídicas, es que ellas son constitutivas de significados específicos. Allí, en el significado específico, es donde se aplica el conocimiento *sui generis* del jurista. Por lo tanto, no pertenecen tampoco a su dominio los hechos o actos generadores de tales significados, por ejemplo, los actos de voluntad, los designios, los pensamientos, el deseo, los intereses, los hechos históricos, los fenómenos sociales —en una palabra (y para decirlo con expresión del propio Kelsen) “los sucesos del ser que sustentan la norma como substrato de sentido”.¹⁰ Tales hechos o sucesos, indudablemente conectados con el derecho, pertenecen al dominio de las ciencias de la naturaleza y de la sociedad, ya como ciencias generales (biología, psicología, sociología, historia), ya como capítulos particulares de tales ciencias (biología jurídica, sociología jurídica, historia del derecho, etcétera). Estas disciplinas nos dirán qué sucede en el campo del acaecer humano: qué piensan, qué no piensan, qué hacen, qué no hacen, qué desean y qué deciden los hombres en un momento histórico dado. Es un conocimiento importante y legítimo. Pero deja fuera de su campo al sistema de las normas vigentes como dadoras de sentido jurídico. Éste es un dominio no ya fáctico, sino lógico: el dominio de la ciencia del derecho en sentido estricto.

¹⁰ H. Kelsen, *Teoría pura del derecho*, I, S. 5.

Aquí, por no tratarse de cosas ni de sucesos, sino de prescripciones, la categoría pertinente no es la del ser, sino del *deber ser*. La norma, en efecto, no es una descripción de lo que es, no expresa qué sucede con el comportamiento humano, sino qué se exige en cuanto debido, el deber ser del comportamiento. La ciencia del derecho se revela así como una “ciencia normativa”.

Mientras las ciencias del mundo fáctico se expresan en proposiciones del ser —en realidad, proposiciones hipotéticas que ligan causalmente un hecho a otro, según la forma general *Si A es, B es* (necesariamente, o quizás, probablemente)— la ciencia jurídica se expresa para Kelsen en proposiciones del deber ser —proposiciones también hipotéticas, del modo *Si A es, debe ser B*. En el primer caso se expresa una conexión causal que determina la existencia de un hecho en función de la de otro. En el segundo caso, lo expresado es una relación de imputabilidad: liga un hecho antecedente a otro consiguiente, no como la “causa” a su “efecto”, sino como la condición lógica a su consecuencia, pero en relación de mera exigibilidad. “Si la jurisprudencia ha de presentar al derecho como un sistema de normas válidas, las proposiciones con que describa su objeto han de ser proposiciones de *deber ser*, aserciones en las que se exprese un *deber*, no un *ser*.”¹¹

Este es un punto delicado y hasta crítico de la concepción epistemológica de Kelsen. Sorprendentemente, los adversarios de la teoría pura, que objetan por lo común aspectos mucho menos debatibles de la doctrina, pasan aquí por alto una cuestión de importancia.

El análisis lógico de Kelsen es inobjetable por lo que concierne a la norma jurídica. Las normas son enunciados del deber: expresan, bajo la forma de hipótesis, un enlace de exigibilidad, o, como dice la teoría pura, una relación de imputación. Pero lo que expresan no es conocimiento, en cuanto el conocimiento implica la construcción mental representativa de un estado de cosas —real o posible— que se da como suceso. Por eso las normas no son ni verdaderas ni falsas. La dimensión *verdad-error* no pertenece en absoluto a su sentido, como tampoco pertenece a otros tipos de enunciados, por ejemplo, a los interrogativos. Las normas son asertos *constitutivos* del deber, y, como tales, las caracteriza esencialmente, en lugar de una pretensión de verdad —como la que distingue a los enunciados cognoscitivos—, una pretensión de validez.

Es, por consiguiente, natural que una ciencia no pueda componerse de enunciados normativos, por mucho que se ocupe *de* ellos, como sucede con la jurisprudencia. La norma es su objeto, pero no su aserto. Una ciencia es un sistema de conocimientos y está constituida por proposiciones, es decir, por enunciados que, en cuanto cognoscitivos, son verdaderos o falsos. Carece, por lo mismo, de sentido el concepto de “ciencia normativa”, como ya lo esclareciera Husserl en relación con la lógica. Una ciencia no está

¹¹ Hans Kelsen, “La Teoría del Derecho y la Jurisprudencia Analítica”, en: *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Losada, Buenos Aires, 1946, p. 216.

formada por normas, aunque se ocupe *de* normas; no contiene enunciados del deber ser, aunque sus proposiciones hablen de tales enunciados. Una norma estatuye que un comportamiento debe ser, en tales y cuales circunstancias. Pero una proposición que habla *de* la norma, afirma o niega (errando o acertando) que hay un deber ser estatuido por ésta o que existe una norma que lo declara. Esto, sin embargo, no le presta a ella misma un carácter normativo. Por lo mismo, no se trata, como lo expresa Kelsen, de una proposición del *deber ser*, sino, redondamente, del *ser*. Sólo así pueden las proposiciones de la ciencia jurídica “describir su objeto”. Es impensable que dicha ciencia, por referirse a un sistema normativo, tenga que describirlo “en proposiciones de *deber ser*”.

Las enseñanzas de Kelsen contienen, en verdad, una precaución lingüística que, generada por el problema, no lo resuelve. La precaución consiste en advertir que “las proposiciones de la jurisprudencia no son, por sí mismas, normas”. El jurista expone teóricamente el derecho estatuido por la norma, “en proposiciones que tienen un sentido puramente descriptivo, no prescriptivo”. Por eso, se introduce la distinción entre la *regla de derecho*, que es el enunciado de la jurisprudencia al describir las normas, y la *norma* misma, descrita por la “regla de derecho”.

Esta nomenclatura es, por lo pronto, desafortunada. El término “regla” está aquí fuera de lugar, puesto que su significado es precisamente el del término “proposición”. Una ciencia no se compone de “reglas” (como no sean las de su lenguaje), sino de proposiciones. Pero más decisiva que esta dificultad —al fin y al cabo terminológica— es que la distinción tiene para Kelsen sólo un alcance semántico y deja intacta la confusión lógica. Porque en definitiva, y a filo mismo de la distinción, concluye que la jurisprudencia es una “teoría normativa del derecho”, y que mientras “la ciencia natural describe su objeto —la naturaleza— en proposiciones de *ser*, la jurisprudencia describe su objeto —el derecho— en proposiciones de *deber ser*”.¹²

La equivocada concepción kelseniana se origina en la confusión entre los dos planos lingüísticos que constituyen la ciencia del derecho: el plano de las proposiciones jurídicas referidas a las normas y el de las normas mismas, de que aquéllas hablan. Las primeras, que la caracterizan como *ciencia*, son proposiciones del ser, ni más ni menos que los enunciados de las matemáticas, de la física, de la historia, de la lógica. Las segundas, que la caracterizan como jurídica y forman su objeto, son las prescripciones del *deber* a que se refiere la teoría pura. Pero no son éstas quienes le dan su carácter de ciencia: son el objeto de su pensar científico, mas no ese pensar. Lo propio de la jurisprudencia no es que describa su objeto en proposiciones del deber ser (lo cual no tiene sentido) sino que sus proposiciones —necesariamente del *ser*— hablan del *deber ser* jurídico.

¹² Hans Kelsen, *op. cit.*, pp. 216-217.

5. La gravitación teórica del sistema

Pero estas observaciones no afectan en lo esencial al núcleo teórico o centro de gravitación del sistema. Aun si no corrigiéramos la señalada impropiedad de la epistemología kelseniana, siempre ésta y el resto de la doctrina quedarían temática y metodológicamente determinadas por aquel núcleo. En qué problemas y tesis consiste éste, es lo que nos interesa establecer. Los tratamientos a que la teoría pura somete las nociones jurídicas de persona, Estado y ciencia del derecho, son buenos modelos para descubrirlo.

En todos los casos se observa el mismo resultado: las tres nociones se han desconectado del orbe fáctico, de toda denotación concerniente a los fenómenos de la naturaleza, de la sociedad y del valor, para convertirse en construcciones lógicas, relativas a ese modo *sui generis* de pensar relaciones formales entre conductas, llamado *deber ser jurídico*. Una desconexión semejante tiene lugar a través de todo el dominio conceptual de la teoría del derecho, con la consecuencia general de que el pensamiento jurídico queda “purificado”, es decir, reducido a una estructura y a una función peculiares, independientes de toda otra forma del pensar cognoscitivo y normativo.

Ahora bien. Dicha desconexión y consecuencia procuran respuesta inteligible a una pregunta no expresamente formulada, pero formulable en función de aquéllas: *¿qué significa pensar jurídicamente?* De hecho esta pregunta constituye el primero de los elementos generadores y de coordinación central del sistema kelseniano. Es, en otras palabras, su centro de gravedad teórica.

En apariencia, se trata de una vieja pregunta. Tienta la idea de reconocerla en las concepciones jurídicas del pasado. El iusnaturalismo y el positivismo —para tomar dos extremos, que no son dos puntos, sino dos zonas de la geografía jurídica— ¿no suponen, acaso, la pregunta “qué significa pensar en materia de derecho”? Savigny, cuando enseña que el derecho se genera históricamente por acción de un *Geist* subliminal y colectivo, y Ihering, cuando señala la orientación finalista del derecho, ¿no están respondiendo aquélla mismísima pregunta? Contra todas las apariencias, hemos de decir que no.

Porque el problema, según se explicita en la teoría pura, tiene un carácter epistemológico radical y un alcance lógico por entero ajenos a la índole de aquellas clásicas posturas y aún de otras más modernas. Prueba de ello es que cuanto enseña la tradición no apunte a ninguna forma específica de pensar que merezca el apelativo privilegiado de *jurídica*. Todas las respuestas son sincréticas: combinan los más variados contenidos y estructuras de pensamiento. Cuanto designan como ciencia del derecho entrevera lo físico y lo metafísico, lo biológico y lo psíquico, lo histórico y lo lógico, lo pragmático y lo moral. No se ve allí por qué habría de hablarse de un pensar *jurídico*, como no fuese para señalar un pensamiento omniafusivo.

En verdad tales concepciones se acomodarían mejor a la pregunta “¿cómo piensan los juristas?” Pero es un rasgo significativo de la doctrina kelseniana no dar por sentado que los juristas piensen siempre jurídicamente en su desempeño profesional. Hay en el menester del jurista —podría decir Kelsen dentro de su perspectiva— una complejidad tal, que no todo cuanto dice como jurista pertenece a aquella ciencia suya, diferente de las otras, y digna de llamarse jurisprudencia o ciencia del derecho. Por ejemplo, el juez, cuando dicta una sentencia, enuncia variados asertos de psicología, sociología y hasta lingüística, requeridos por el amplio margen de disponibilidad que le deja la ley —mero esquema genérico y abstracto de decisión. Más aún: determina su pensamiento por principios de justicia y equidad, que, en el decir de Kelsen, ni siquiera son materia de conocimiento científico.

Así, pues, para la teoría pura preguntarse “qué significa pensar jurídicamente” no supone indagar qué piensan o cómo piensan los juristas. Si, no obstante, la referimos a ellos, la pregunta debería ser ¿qué pensamientos *profesionales* del jurista son realmente jurídicos? Pero en ninguna de sus formas podría reconocérsele como expresión de un problema esencial en las demás doctrinas del derecho, con excepción de la jurisprudencia analítica, para la cual es también determinante. Ellas, en efecto, no tienen este centro de gravedad epistemológico —a todas luces kantiano— del sistema de Kelsen.

Para la tradición jurídica, el conocimiento del derecho es algo que va de suyo: examinado a veces como técnica —al modo de Ihering— no es, sin embargo, materia de análisis propedéutico ni determina la orientación del sistema. La tradición jurídica es epistemológicamente dogmática. Su interés se vuelca por modo directo en el derecho como fenómeno de la vida psíquica y social, y como actividad de los juristas. Por lo común, se centra en torno a la pregunta “¿qué es el derecho?”. Kelsen, en cambio, ha intentado una verdadera crítica del conocimiento jurídico, que sirve de propedéutica a su concepción del derecho. El problema *¿qué significa pensar jurídicamente?*, es la clave de su indagación, y con ello, la del sistema completo de la teoría pura. Todo cuanto la ciencia del derecho debe a Kelsen como contribución y desafío, proviene de su intento de procurar rigurosa respuesta a esta sencilla pregunta.

Sin embargo, con ser epistemológico en uno de sus aspectos, lo cual impone un rumbo característico de teoría de la ciencia jurídica a la doctrina de la teoría pura, no lo es en toda la extensión de su significado. Porque de ella deriva, en efecto, además de una teoría de la ciencia, una teoría de la norma, o lo que para Kelsen es igual, una teoría del derecho. La pregunta, originariamente epistemológica, tiene un desarrollo ontológico.

El paso de uno a otro momento es comprensible. Porque la primera respuesta kelseniana es que pensar jurídicamente (tomada la cuestión en su alcance epistemológico) significa *pensar el derecho como derecho*. Pensar, pues, el derecho en conceptos jurídicos, en conceptos específicos, ajenos a

otras ciencias, aptos para la constitución de su objeto propio. El desarrollo de esta tesis constituye buena parte de las enseñanzas de Kelsen, que hemos ya ejemplificado con su concepción de los sujetos del *derecho* y con su idea *jurídica* del Estado. Ni “persona” ni “Estado” son nociones que la ciencia jurídica tome en el sentido de otras disciplinas —por ejemplo, de la psicología o de la sociología: son *construcciones* formales del jurista, destinadas a unificar determinados complejos normativos.

Pero en esta primera respuesta a la pregunta fundamental, hay otro elemento: pensar jurídicamente es pensar *el derecho* como derecho. La especificidad del pensamiento jurídico no se halla determinada sólo por el aparato conceptual del jurista, sino también por su *objeto*. Por consiguiente, para dilucidar lo que significa el pensamiento jurídico, hemos de atender también a lo que ese pensamiento piensa, al objeto de la ciencia jurídica. Surge así, por modo inevitable, el problema sobre el ser del derecho y, con ello, el giro ontológico de la cuestión inicial. Pero esto no abre para Kelsen ninguna perspectiva metafísica ni da lugar a una búsqueda complicada. La respuesta es directa y simple: el derecho es el ordenamiento jurídico positivo, es decir, el sistema de las normas del derecho. Al jurista corresponde la tarea cognoscitiva de describir este sistema. Este sistema, es decir, un conjunto de normas con significación específica y relacionadas entre sí de una manera también específica. Por eso la teoría pura del derecho es, amén de una doctrina de la ciencia jurídica, una teoría de la norma, y en este aspecto está regida por la pregunta sobre el sentido de la normatividad en el derecho. ¿Qué es una norma jurídica?

La conocida respuesta kelseniana puede formularse de muchas maneras, pero lo esencial es esto: la norma de derecho prescribe, genérica o particularmente, el *deber ser* de un comportamiento, haciendo de la conducta contraria al mismo, el antecedente necesario de una imputación de consecuencia. El elemento determinante de este significado normativo es la noción del *deber ser*, la cual, ajena a toda expresión de necesidad fáctica (causal), racional o axiológica, sólo tiene un alcance jurídico: expresar la procedencia de cierto efecto para el caso de transgresión.

El examen de esta idea, no ajena, como indicáramos, a la Analítica de Austin, toma mucha atención y elaboraciones de Kelsen. Pero lo importante ahora es mostrar un elemento tácito de ella, quizás desatendido por Kelsen mismo, y sin embargo decisivo para ver cómo la teoría de la norma se mueve en la dirección señalada desde el centro del sistema por la pregunta: “¿qué significa pensar jurídicamente?”

Porque resulta que la norma es, en cuanto género, una proposición prescriptiva, es decir, pensamiento de una conducta como debida. Formular una norma es enunciar un pensamiento cuyo carácter prescriptivo lo distingue de la función cognoscitiva de los asertos fácticos y lógicos, y se expresa mediante el concepto del *deber ser*.

Por medio de éste no mentamos un estado de cosas, no pensamos hechos

ni relaciones lógicas, como lo hacemos con las nociones de *ser*, *existir*, *suced*, *implicar*. La norma no significa, pues, conocimiento del acaecer ni de las estructuras del pensamiento. Por lo mismo, no admite las valoraciones de verdad y de error que aplicamos a las proposiciones descriptivas. Esta caracterización, generalmente reconocida, no es, en verdad, perfecta. Es dudoso que las normas no cumplan una función cognoscitiva dentro del complejo en que se enuncian. Dado un sistema normativo, hay también una verdad y una falsedad del *deber ser* que se afirma. Por ejemplo, y en términos generales, es *éticamente* verdadero que debemos ser generosos, y *falso*, que debemos mentir. Se puede admitir, sin embargo, que, con respecto al mundo de las cosas y de las significaciones lógicas, las normas no cumplen una función cognoscitiva, y no son, por consiguiente, ni verdaderas ni falsas. Lo cual no significa, como inducen a aceptarlo algunos lógicos, que carezcan de sentido o que constituyan meros estímulos verbales para obtener un determinado comportamiento del "obligado". Por medio de las normas pensamos. Ellas están formadas, ni más ni menos que los enunciados del ser y del implicar, por conceptos y relaciones entre conceptos que constituyen una estructura significativa: por eso podemos en su virtud entendernos unos con otros y obrar en consecuencia. Que el pensamiento del caso no sea cognoscitivo (con la reserva antes señalada) y si, en cambio, prescriptivo, carece, para este efecto, de importancia. Lo decisivo es que algo pensamos mediante la norma.

No pensamos siempre de la misma manera, sin embargo: hay normas y normas. El centro de gravedad de la teoría pura se extiende hasta este punto. Porque la pregunta "*¿qué significa pensar jurídicamente?*", al desplazarse del plano epistemológico al ontológico, de la teoría de la ciencia jurídica a la teoría de la norma, genera la cuestión sobre qué pensamiento expresa la norma de derecho; en buenas cuentas, qué quiere decir *jurídicamente* que alguien *deba* comportarse de una cierta manera.

Ya nos hemos referido a la respuesta de Kelsen. Ella implica, esencialmente, dos cosas: 1) a diferencia de las normas éticas, el *deber ser* jurídico no expresa una valoración; no dice que la conducta prescrita se deba como buena o como justa, ni siquiera como razonable o como útil; 2) al decir que una conducta se *debe*, sólo expresa que la conducta contraria implica una determinada consecuencia dentro del orden normativo que la rige.

Salta a la vista el carácter formal que tiene esta caracterización del pensamiento jurídico. Lo específico de éste no es su contenido, pues aunque consiste en representaciones de la conducta humana, ello es también propio de las normas éticas. Para tales normas no vale, en cambio, la organización formal de la norma jurídica, la cual mienta los comportamientos (teóricamente, cualesquiera que ellos sean) como miembros de una estructura de imputabilidad: si A es, debe ser B; y si no-B es, debe ser C. En otras palabras, los actos son puestos en conexiones hipotéticas de antecedentes y consecuentes, por modo tal, que siempre existe un hecho determinativo de la imputación de una sanción. Pero hay más. Para tener sentido, esta estructura

formal requiere, a su vez, una condición también formal: pertenecer a un ordenamiento jurídico, esto es, a un sistema de normas análogas, cuyo conjunto constituye una unidad formalmente trabada. Así, el pensamiento prescriptivo de un deber, que es la norma jurídica, implica el pensamiento de la conducta humana en función de un sistema que la conforma como jurídica: obligación, derecho, acto antijurídico, sanción, contrato. La norma jurídica es, pues, un pensamiento constitutivo de sentido. En su virtud, la conducta humana —jurídicamente amorfa e inerte— se conforma como jurídica, adquiere un significado de que por sí misma carecía.

Pónese de esta manera en evidencia el más importante elemento kantiano de la teoría pura del derecho. La función constitutiva de objetos que cumplirían el entendimiento y la intuición al imponer su forma a la materia por sí misma amorfa de la sensación, es, en efecto, uno de los temas fundamentales de la gnoseología de Kant. En ambos casos —la concepción del derecho por Kelsen y del conocimiento por Kant— se trata de productos finales de una acción intelectual que da forma a una materia por sí misma informe —la conducta humana en un caso, la sensación en el otro. Así, la impresión de los sentidos, originariamente inespacial e intemporal, adquiere el orden de la espacialidad y de la temporalidad gracias a las formas intuitivas del espacio y del tiempo, y se constituye en objeto cuando, intuita, recibe las formas de la sustancia, la causalidad y otras que provienen del entendimiento. Por modo similar, determinados actos humanos pasan a ser *obligaciones* o *derechos*, y a constituirse en esas unidades de imputación que son las *personas*, gracias al modo como son formalmente pensados por la norma. Es importante, sin embargo, no prescindir de una diferencia significativa: la relación de forma y materia es para la crítica de la razón pura una estructura *descriptiva* de objetos, constitutiva, por consiguiente, de la objetividad como realidad. En la teoría de la norma, en cambio, esa relación es *prescriptiva* (no descriptiva) de conducta, constitutiva, por tanto, de la objetividad como deber ser o exigibilidad. Se trata, pues, de dos planos diferentes de aplicación de la doctrina kantiana.

La atención insuficiente a esta diferencia tiene consecuencias perjudiciales para la teoría del derecho. Una —que se manifiesta en la concepción egológica de Carlos Cossio— es la de tomar como objeto de la ciencia jurídica a la conducta humana misma, en cuanto fenómeno real del acaecer, y ver en la norma y sus conceptos un órgano de conocimiento de ese fenómeno, al modo como vemos en el sistema de las intuiciones y categorías kantianas, los recursos para el conocimiento de la realidad natural que estudian las ciencias. Las dificultades a que da lugar esta doctrina no pueden examinarse aquí, pero ya se ve su nexa con la aludida confusión.

Otra expresión de lo mismo es el entrevero que en la propia teoría de Kelsen se produce entre la norma jurídica y la proposición de ciencia del derecho. No salva la confusión, como ya viéramos, el hecho de distinguir la función normativa de una, y la cognoscitiva de la otra, introduciendo la

correspondiente diferencia de nombres (*norma* de derecho y *regla* de derecho, respectivamente), si de todas maneras se ha de caracterizar a la ciencia del derecho como normativa y atribuirle enunciados de *deber ser*, como lo hace Kelsen. Porque, en verdad, sólo la norma, que no tiene sentido cognoscitivo, puede emplear el lenguaje del deber. En cambio, las proposiciones de la ciencia jurídica toman al deber ser como objeto, lo describen y explicitan en el único lenguaje en que es posible hacerlo: el lenguaje lógico del ser. La expresión: “Si A es, debe ser B y si no-B es, debe ser C”, enuncia constitutivamente un deber, es una norma; pero la expresión: “existe una condición normativa tal, que si A es, debe ser B y si no-B es, debe ser C”, describe una situación normativa, es una proposición de ciencia jurídica. Su lenguaje (no el de la norma que contiene como objeto) es el del ser. Todas las proposiciones de la ciencia jurídica están en este caso.

Esta incidental inadecuación de la epistemología kelseniana no afecta, en todo caso, al problema que en el presente análisis nos importa: mostrar cómo la teoría pura del derecho arranca de la pregunta “¿qué significa pensar jurídicamente?”

Es una característica del derecho que semejante pregunta tenga dos dimensiones: la del pensamiento del jurista en cuanto hace de la norma un objeto de ciencia, y la de la norma como pensamiento prescriptivo. Ambas direcciones de la pregunta conducen, no obstante, a la misma tesis, que también forma parte del centro gravitacional de la teoría pura: pensar jurídicamente es pensar las interacciones de los hombres de acuerdo con un sistema de relaciones formales que permite determinarlas como antecedentes y consecuentes necesarios *dentro de la estructura de un ordenamiento válido*.

Esta tesis descansa en la definición de dos conceptos específicos, el de validez y el de deber ser jurídicos, los cuales constituyen, en definitiva, las categorías capitales de la teoría pura. De acuerdo con esa definición, el deber ser expresado por la norma de derecho es la imputación válida de una consecuencia a la conducta que la propia norma pone como antecedente. A su vez, la validez de dicha imputación es una *relación de validación*, en cuya virtud las normas, ordenadas en jerarquía de generalidad decreciente, se validan derivativamente, a partir de un punto de origen (que ya es costumbre representar como la cúspide de una pirámide) hasta la zona donde se agrupan, a medida que se generan, las normas individuales del ordenamiento (base de la pirámide). La validez es, pues, un nexo de fundamentación específica: toda norma es válida porque se funda en una norma de mayor generalidad.

El concepto de validez jurídica es, para esta concepción, un concepto de inmanencia jurídica: las normas son válidas *dentro* del orden a que pertenecen, y a partir de una primera norma de cuya validez depende formalmente la de aquél. La validez de esa primera norma —la norma constitucional— ha de ser, por consiguiente y de algún modo, originaria.

Ello es una condición lógica *sine qua non* del pensamiento jurídico, que, en definitiva, viene a descansar en una norma fundamental destinada a hacer posible el deber ser jurídico. Dicha norma dice: obedece al primer legislador. No cabe, por supuesto, preguntarse por el fundamento de validez de esta norma verdaderamente categorial del ordenamiento jurídico. Su validez es un supuesto que cumple, pragmáticamente, una función lógica. Que ella valga es condición constitutiva de las relaciones de validación de todo el sistema. De ella depende la posibilidad del “mundo” jurídico.

La índole kantiana de esta concepción de la validez es manifiesta. Como para Kant, en lo tocante al sentido y la objetividad del percibir y pensar teórico del mundo, para Kelsen es el entendimiento humano quien pone las condiciones de posibilidad en cuanto al sentido y objetividad del pensar jurídico. El entendimiento del hombre espacializa, temporaliza, sustancializa, causaliza los datos de los sentidos —podríamos hacer decir a Kant—. De igual manera, el entendimiento del hombre “juridifica” las relaciones de los hombres entre sí —podríamos hacer decir a Kelsen—.

Por eso, la pregunta que hemos reconocido en el origen del sistema —¿qué significa pensar jurídicamente?—, puede ser en definitiva reformulada y convertirse en ¿cómo es posible —es decir, bajo qué condiciones— el derecho como ciencia? Su sentido es análogo al de las preguntas originarias de la *Crítica de la razón pura*: ¿cómo son posibles las matemáticas y la física puras? La analogía ha de ser, no obstante, manejada con prudencia, sin pedirle más de lo que puede esperarse de una comparación entre problemas pensados en planos diferentes. Las preguntas kantianas se hallan en el origen de una doctrina general de la objetividad. Es el percibir y el pensar del mundo lo que entra en juego. La pregunta kelseniana, en cambio, da por supuesto el pensar del mundo y lo entrega a su propia suerte filosófica, kantiana o no. Los fenómenos de conducta a que el pensar de la norma se refiere —no para conocerlos, sino para ordenarlos— pertenecen a ese mundo, y como parte de él habrán de ser interpretados cognoscitivamente. De espaldas a dicho problema, en una deliberada actitud de desconexión, Kelsen tratará kantianamente su propio problema: el de la posibilidad de pensar jurídicamente —esto es, como *deber ser coactivo*— aquellos fenómenos.

6. El “formalismo” del sistema

Tanto la tesis de origen como sus dos definiciones básicas, determinan el famoso “formalismo” de la concepción kelseniana del derecho. En torno a este formalismo gira buen número de malentendidos.

La doctrina es, por cierto, formalista en el sentido de constituir una *teoría de la forma* del pensamiento normativo que llamamos derecho. Más aún: ella reconoce en una propiedad de forma —y no en un contenido—

el elemento específico del derecho. Las nociones jurídicas de *deber ser* y *validez* expresan, en efecto, relaciones formales.

Pero ello no supone que el derecho sea, como la lógica, solamente formal, ni en cuanto norma ni en cuanto ciencia. No en cuanto norma, pues la norma prescribe conductas, ya genérica, ya individualmente determinadas, y esto le procura una materia sin la cual carecería de sentido. Tampoco en cuanto ciencia, porque uno de sus cometidos consiste en determinar qué conductas son debidas en determinadas circunstancias, lo cual implica también el conocimiento de un contenido material: el derecho positivo.

Por otra parte, el reconocido voluntarismo y el agnosticismo axiológicos de Kelsen, en su doctrina de la producción y de la interpretación del derecho, son incompatibles con una concepción estrictamente formalista de su conocimiento. Las conductas *debidas*, en el sentido formal del *deber*, lo son en virtud de una decisión originaria del legislador o del intérprete que las prefirió, por adhesión valorativa, a otras que podían, en virtud de una preferencia contraria, haber sido igualmente *debidas*. Con excepción de las decisiones que implican elegir un medio para alcanzar un fin determinado (y que encuentran su fundamento en las leyes de la naturaleza), no hay necesidad racional ni objetividad cognoscitiva, ningún derecho natural ni deducción alguna —por tanto, ninguna ciencia, ni formal ni fáctica— que pueda dar fundamento a estas determinaciones sobre el contenido de las relaciones puramente formales del deber ser jurídico.

Sólo un formalismo estrictamente lógico podría convenir con este relativismo voluntarista, pues un formalismo tal sólo afecta al orden y disposición de los contenidos. Pero las formas lógicas pertenecen a la organización del conocimiento racional como tal, y las encontramos en toda ciencia rigurosa —por ejemplo, en la física— que no por ello adquiere el carácter de una ciencia formal. En efecto, para la lógica formal —que ofrece la teoría de este formalismo— no es posible atribuir ninguna materia válida al pensamiento, si ella no se da ya en las premisas o postulados del sistema de que se trata. Por eso la lógica —que es realmente formal— sólo trata de la verdad de la implicación, que es independiente del contenido de los enunciados.

Pero el formalismo pertinente a una ciencia formal del derecho no es el puramente lógico (que de todas maneras le alcanza en cuanto ciencia), sino el práctico, cuya pretensión consiste —como lo atestigua la moral kantiana— en definir una *forma* de conducta que deje *eo ipso* determinadas, por las vías del conocimiento riguroso, las normas válidas. Al revés del formalismo teórico, el formalismo práctico implica la posibilidad de determinar por recursos de construcción formal los contenidos válidos de un sistema. Lo cual es contrario a la concepción kelseniana de la jurisprudencia. La ciencia del derecho no es para Kelsen un conocimiento formal, sino empírico. Sólo que sus datos no son percepciones, sino significados que aporta el derecho positivo: lo empírico es aquí el contenido de las normas.

Algo más significativo todavía es el condicionamiento fáctico reconocido

por la teoría pura al sistema formal del derecho. Intrasistemáticamente, las normas valen en función de sus relaciones con las normas superiores del ordenamiento, el cual supone a su vez, como conjunto, la validez originaria de la norma fundamental. Pero ello es insuficiente: porque si el ordenamiento no tuviera, también como conjunto, un mínimo grado de eficacia —esto es, si sus normas no fueran generalmente acatadas— desaparecería todo nexo de validez. En verdad, “el primer legislador” a que dicha norma fundamental se refiere, es el legislador cuya autoridad origina la general observancia (eficacia) del ordenamiento jurídico de que se trata. Las estructuras formales del derecho —por sí mismas vacías (al modo de las categorías kantianas)— sólo pueden operar con sentido al aplicarse a la materia de las normas formuladas dentro de un sistema de eficacia normal. Nueva analogía kantiana, que también debemos interpretar restrictivamente y por las mismas razones ya señaladas.

La estructura forma-materia tiene en Kant un sentido cognoscitivo. La aplicación de las formas de la intuición y del entendimiento a la materia sensible, da origen al mundo de los objetos del conocimiento: lo que es, adopta el carácter de “mundo natural”. Pero la estructura forma-materia que la teoría pura reconoce en el derecho, no da origen a una objetividad semejante. No es ya el ser lo que a su través se manifiesta, sino la necesidad *sui generis* de cierto sistema de prescripciones. También se trata aquí de una “objetividad”, puesta como dato al conocimiento y determinante de su posibilidad de constituirse como ciencia. Pero no es ya la objetividad de un *factum* del mundo. El mundo como hecho, así sea el comportamiento social humano, queda fuera de la objetividad jurídica, pues aunque ésta lo mienta prescriptivamente y para ello parte de su conocimiento, no lo describe ni expresa ella misma tal conocimiento. La conducta humana y sus circunstancias no son puestas por el pensamiento jurídico en su necesidad fáctica (como ocurre con el pensar realista de las ciencias naturales), sino en su exigibilidad. Conocida ésta, nada sabemos, por su solo ministerio, qué haya sucedido efectivamente ni qué vaya a suceder con probabilidad. Sólo saliendo del campo del derecho —o, lo que es igual, interpolando en él otros saberes (por ejemplo, el de la sociología, la psicología o la historia)— puede el jurista hablar de tales cosas. Pero entonces su pensamiento ya no es propiamente jurídico: ha perdido su especificidad. La idea de esta especificidad es, a todas luces, el punto culminante de las investigaciones de Kelsen, y corresponde a la pregunta latente del sistema: “¿qué significa pensar jurídicamente?”

Kelsen cuenta, por supuesto, con que hay un pensar de índole propia, definible como jurídica. Y aunque reprocha a los juristas pensar a menudo las cosas más diversas sin atender a sus límites epistemológicos, no duda que en el enterevo hay también elementos de la ciencia *sui generis* —pura— del derecho. Kant había encontrado en el *hecho* de la ciencia —en la existencia de las matemáticas, de la física, de la metafísica— el objeto de la reflexión

inicial que llevaría a la construcción de su sistema. Dicha reflexión es guiada por las tres preguntas que se proponen en la *Crítica*: ¿cómo son posibles las matemáticas puras?, ¿cómo es posible la física pura? y ¿cómo es posible la metafísica en cuanto ciencia? No se trata, por consiguiente, de indagar, al modo de los escépticos, si es posible la ciencia, sino más bien, cómo, lógica y gnoseológicamente hablando, resulta posible *el hecho* de su existencia. Por modo semejante, Kelsen, ante la ciencia jurídica —un hecho, un dato— se pregunta por las condiciones de su posibilidad. Tampoco es escéptico su punto de partida: la ciencia del derecho históricamente existe, luego es posible. Mas, ¿cómo lo es, bajo qué condiciones de organización y sentido del pensamiento que la constituye? Este es, con propiedad, el alcance de la pregunta subliminal del sistema: “¿qué significa pensar jurídicamente?”

7. *El agnosticismo axiológico*

Pónese así de relieve, una vez más, que la teoría pura es, en lo esencial, una doctrina del conocimiento jurídico, una *Crítica de la razón pura jurídica*. Sólo por extensión resulta ser una teoría del derecho y, por mera coincidencia —no por necesidad interna del sistema—, se apareja a un agnosticismo de los valores.

Este aparejamiento facilita, sin duda, el esfuerzo kelseniano por establecer la ciencia jurídica sobre las bases de un conocimiento riguroso. También colabora útilmente al designio de definir su autonomía y de ofrecerla como respuesta a la pregunta central. No obstante, era en última instancia innecesario. Lo que la teoría pura del derecho contiene de más valioso, y cuanto puede pensarse a partir de ella —como hemos intentado hacerlo en estas páginas— es independiente del compromiso de Kelsen con el sociologismo y el psicologismo axiológicos, y con el consiguiente relativismo a que ellos le conducen. No hay una sola nota importante del sistema ni de su desarrollo que resulte afectada por el rechazo de estos puntos de vista.¹³

Al contrario, ellos lo limitan en más de algún sentido, y constituyen, desde el punto de vista filosófico, su verdadero talón de Aquiles. Es, desde luego, una inconsistencia reclamar para la ciencia del derecho la pureza metodológica que ya no se exige frente al problema de los valores. No se ve por qué el fecundo esfuerzo kelseniano para expurgar la jurisprudencia de las interpolaciones sociológicas, psicologistas y aun axiológicas que la hacían confusa y dependiente —oscureciendo sus problemas— no podría extenderse al campo de los valores. Aquí también se trata de contraer la perspectiva a lo esencial, separando la paja del grano y descubriendo,

¹³ Recaséns Siches observó ya esto hace algunos años, al examinar los problemas de la estimativa jurídica y hacerse cargo, con penetrante sentido filosófico, de las dificultades del relativismo ético kelseniano. Ver su *Tratado de Filosofía del Derecho*, Editorial Porrúa, México, 1959, p. 407.

en un dominio que por su carácter normativo es lógicamente afín al derecho, las condiciones de un conocimiento igualmente “puro”.

Desde el punto de vista del análisis del conocimiento, es todavía un problema la cuestión de si las proposiciones sobre el valor son realmente cognoscitivas, aunque muchos pensemos que lo son. Pero si el asunto es todavía digno de investigarse, no parece prudente que quien acepta las conclusiones de la teoría pura respecto a la especificidad y al carácter no naturalista de la ciencia jurídica concluya, no sin cierto dogmatismo, que por no ser naturalista ni lógico-formal el conocimiento de los valores no puede ser conocimiento en absoluto. Al revés, parece más legítimo admitir como hipótesis de trabajo que, contestada la pregunta: “¿qué significa pensar jurídicamente?” en el campo normativo del derecho, pudiéramos preguntarnos también: “¿qué significa pensar axiológicamente?”, y encontrar una respuesta análoga que tome en cuenta aun la diferencia de sentido con que el concepto de normatividad opera en el dominio de los valores.

Este problema, como hemos señalado, es independiente del campo de estudios y de los resultados de la teoría pura del derecho. Sin embargo, a partir de esa hipótesis auxiliar, ella podría enriquecer notablemente sus propios méritos y sus perspectivas de desarrollo. En su virtud se superaría, por una parte, la contradicción en que incurre al incursionar en el campo de los valores, abandonando sus principales supuestos metodológicos. Pero superaría, además, la limitación que se ha impuesto como teoría del conocimiento jurídico al expulsar de su reino el problema de la valoración en el derecho. No obstante el gran progreso alcanzado con la eliminación de los factores ideológicos que enturbian la reflexión científica sobre el derecho, la doctrina de Kelsen deja sin resolver una cuestión de mucha monta. El derecho, como “técnica social específica” y como específica normatividad, es un instrumento para la instauración social de valores y creencias. Su normatividad específica es el órgano de ejecución, el recurso de imperatividad de otras normatividades. La pregunta: “¿qué significa pensar jurídicamente?”, ¿no sería acaso más rica, sin ser por ello menos científica, si se extendiese a la relación del derecho con los valores, y llevara también a preguntarse: qué significa pensar jurídicamente los valores?

Ello no implica reintroducir en el campo de la ciencia las impurezas ideológicas (siempre entreveradas de valoraciones) que con razón inquietaron a Kelsen, preocupado de evitar todo fraude en el conocimiento. Al contrario. Definido lo que es el pensar jurídico, se hace posible determinar cómo puede pensarse jurídicamente el valor y, con ello, hacerlo objeto de una ciencia. Al fin y al cabo el valor está no sólo en el contenido del derecho (que lo recibe —es cierto— como decisión de la voluntad y del sentimiento), sino, además, *en el sentido mismo de su función normativa*. Y si es posible mostrar a partir de Kelsen que la normatividad jurídica es de un sentido completamente distinto a la normatividad de los valores, también puede mostrarse, más allá de Kelsen, que la primera es una función

práctica de la segunda y que aun su carácter formal sólo es inteligible a partir de una cierta forma de pensar que llamamos conciencia valorante.

Se trata de cuestiones abiertas a un dilatado horizonte de reflexiones, que el agnosticismo axiológico de Kelsen deja sin posibilidad de desarrollo. Con razón Recaséns Siches, que ha examinado con poderosa lupa analítica ese agnosticismo, para mostrar, sobre todo, su interna inseguridad —cercana en algunos puntos a lo ambiguo— concluye su estudio con esta observación, que yo hago mía, sobre todo en función de la pregunta formulada más arriba:

Creo que en materia de estimativa se ha logrado ya acumular muchos conocimientos sólidos y de gran importancia, y que hemos realizado ya sustanciales progresos, si bien sea enorme el campo que todavía hay que explorar con rigor. Pero aunque Kelsen no lo reconociese así, esto no tendría que significar forzosamente un abandono de la esperanza y del empeño. Su además de desistimiento en esta empresa es meramente un gesto subjetivo de desconfianza en las posibilidades de la mente, pero no puede constituir una condena a irremisible desesperanza.¹⁴

¹⁴ L. Recaséns Siches, *op. cit.*, p. 420.