

# RECONSTRUCCIÓN PRAGMATICA DEL CONCEPTO DEL DEBER SER (*SO LLEN*)

Ulises SCHMILL ORDÓÑEZ

SUMARIO: 1. *Introducción*. 2. *El concepto del deber ser (sollen) o imputación periférica en Kelsen*, A) *Primera época*: a) *Los Hauptprobleme*, B) *Segunda época*: a) *El concepto sociológico y el jurídico del Estado*, b) *Teoría general del derecho y el Estado*, C) *Tercera época*: a) *Teoría pura del derecho*, b) *Teoría general de las normas*; 3. *Los conceptos de "validez" y "pureza" metódica*; 4. *Acentuación de los elementos pragmáticos de la teoría de Kelsen*; 5. *La norma entendida como mandato: teoría de Austin*; 6. *Criticas de H. Kelsen y H. L. A. Hart a la teoría de la norma entendida como mandato*; 7. *Fundamentos esquemáticos de una teoría de la conducta*; 8. *El mandato entendido conductistamente*; 9. *Complementación semántica de elementos pragmáticos*; 10. *Explicación pragmática de los diversos sentidos del sollen en Kelsen*.

## 1. *Introducción*

Se intenta en este trabajo llevar a cabo una construcción del concepto del "deber ser" (*sollen*)<sup>1</sup> a partir de ciertos conceptos fundamentales de una teoría de la conducta. Esto, como se verá más adelante, no entraña un psicologismo, en el sentido peyorativo de la expresión, sino que constituye el fundamento de una concepción pragmática del derecho. Creo que si los conceptos jurídicos se analizan desde la perspectiva que ofrece una teoría empírica de la conducta, pueden

<sup>1</sup> El deber ser (*sollen*) no debe confundirse con el deber jurídico o, como también se le llama, obligación. La distinción en el idioma alemán es muy clara: para el primero de los conceptos se usa *sollen* para el segundo *pflicht*. En este trabajo sólo nos ocuparemos el deber ser (*sollen*), no de la obligación o deber jurídico. Esta distinción es de gran importancia teórica, pues no hacerla conduciría a incurrir en graves errores conceptuales, que impedirían una comprensión exacta del pensamiento kelseniano y a afirmaciones que en todo caso serían falsas. Me refiero específicamente a la que diría que la consecuencia jurídica, que es debida en el sentido del *sollen*, es el contenido de una obligación, en el sentido del *Pflicht*. En principio, el acto constitutivo de la sanción no es el contenido de una obligación, sino el contenido de una facultad. Con esto no se excluye que el ejercicio de la facultad de sancionar pueda tener carácter obligatorio, porque otra norma jurídica haga el no ejercicio de la facultad el supuesto condicionante de otra sanción, la cual sería a su vez *debida* en el sentido del *sollen*.

obtenerse una serie de determinaciones que no carecen de importancia. Muchas cosas oscuras pueden aclararse y aquello que no se encontraba bien definido puede delimitarse con cierta pulcritud conceptual.

Presentaremos, en primer lugar, la tesis de Kelsen sobre el concepto del "deber ser" o *sollen* como se denomina en alemán. Kelsen también le da el nombre de "imputación periférica".<sup>2</sup> Esta presentación estará dividida en varias partes, correspondientes a las diversas etapas de la evolución doctrinal de Kelsen. Después, en segundo lugar, se expondrá brevemente la teoría de John Austin de la norma entendida como mandato y algunas de las críticas que se le han formulado. En tercer lugar, se presentarán los conceptos centrales de una teoría de la conducta y, por último, se intentará reconstruir el concepto de lo que es el deber ser (*sollen*).

## 2. El concepto del deber ser (*sollen*) o imputación periférica en Kelsen

Es posible determinar cuatro sentidos fundamentales del concepto del deber ser (*sollen*) en la teoría de Kelsen:

a) es una categoría originaria de la conciencia, no definible ni analizable (tesis de Simmel).

b) es la relación entre el acto ilícito y la sanción (Imputación periférica).

c) es un término para designar conjuntamente las diversas funciones normativas de ordenar, permitir, facultar y derogar.

d) es el sentido de un acto de voluntad, entendida como acto creador de una norma (positividad).

Mostraremos a continuación cómo estos diferentes sentidos del término "debe ser" (*sollen*) aparecen en las diversas etapas en las que pueden ser ordenadas las tesis de Kelsen en relación con este concepto.

Estos diversos sentidos (o connotaciones) de la expresión "deber ser" quedarán explicitados con la exposición del pensamiento kelseniano.

<sup>2</sup> Esta expresión se encuentra claramente definida en: KELSEN, Hans, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, 2a. ed, Tübingen, J.C.B. Mohr 1923, p. 64. Existe en Kelsen otra expresión similar a la que se comenta: la de "imputación central". Mientras que aquélla consiste en el enlace que se da entre el supuesto y la consecuencia jurídica, ésta consiste en la referencia o atribución de un hecho a una persona, entendida la persona como la unidad de un conjunto de normas (Cfr., *Id.*, p. 85).

A) *Primera época*a) *Los Hauptprobleme*

Aunque puede afirmarse que en diversos conceptos fundamentales la teoría del derecho de Kelsen ha sufrido algunas modificaciones, sin embargo, hay un concepto central del que difícilmente puede decirse que Kelsen modificó su postura durante los setenta años aproximadamente que duró su labor teórica. Me refiero al concepto de "deber ser" o *sollen*. En 1911 afirmaba:

Una total contraposición entre ley natural y norma es solamente posible con fundamento en una total disparidad entre ser y deber ser (*sein und sollen*). Cuando afirmo de algo que es, puedo de lo mismo decir que deber ser, y en ambos casos he dicho algo completamente distinto. El ser y el deber son las más generales determinaciones del pensamiento bajo las que comprendemos todo lo que está en nosotros y fuera de nosotros.<sup>3</sup>

Kelsen cita en este contexto a Georg Simmel, el famoso filósofo y sociólogo alemán, con estas palabras: "Así como el ser, el deber ser (*sollen*) es una "categoría originaria" y así como no puede describirse lo que es el ser o el pensar, tampoco puede darse una definición del deber ser".<sup>4</sup> La diferenciación que hace de ambas modalidades del pensamiento es calificada por Kelsen de lógico-formal y cita a un autor Kitz para presentar la contraposición:

Del hecho de que esto sea se sigue, evidentemente, el que aquéllo *ha sido* o el que lo otro *será*, pero nunca el que algo distinto *deba ser*. Puede algo deber ser y, sin embargo, no haber sido anteriormente, no ser ahora, ni ser en el futuro. El ser y el deber ser son, por tanto, pensamientos fundamentales totalmente distintos, que pueden muy bien mantenerse en conexión por un nexo común anterior, pero sin que puedan explicarse el uno por el otro, como no podrían explicarse mutuamente dos cosas tan dispersas, digamos, como una buena intención o un yacimiento de carbón de piedra.<sup>5</sup>

En esta primera obra, los *Hauptprobleme*, Kelsen aún no formulaba el sentido de las normas jurídicas con base en un juicio o enunciado

<sup>3</sup> Cfr., *Id.* p. 7.

<sup>4</sup> Cfr., *Id.* p. 5.

<sup>5</sup> Cfr., *Id.* p. 8.

hipotético, en el que la relación entre la condición y la consecuencia se encontrara expresada con el verbo *sollen*. El propio Kelsen reconoce esta falta en el prólogo que antepuso a la segunda edición, en el que asienta que la formulación hipotética de la proposición jurídica se encuentra por vez primera en su ensayo "Contribuciones a la teoría de las ficciones jurídicas" aparecido en el *Annalen der Philosophie*.<sup>6</sup>

No tenemos inconveniencia en conceder que el concepto del deber ser, empleado para expresar la normatividad jurídica objetiva, lleva todavía adheridos originariamente, en la terminología usual, ciertos elementos del imperativo subjetivo, y reconocemos también que, a veces, esta obra nuestra que ahora reaparece reincide más de lo que debiera en esta esfera de la teoría del imperativo.<sup>7</sup>

En relación con esta etapa inicial del pensamiento kelseniano debe observarse que la palabra "imputación" (*Zurechnung*) aparece repetidas veces en las páginas de esta su primera gran obra teórica, pero con ella no se designa a la "imputación periférica". La palabra "imputación" es usada en el sentido de los penalistas. Sin embargo, de este concepto de la imputación, tal como es usado en el derecho penal, Kelsen derivó el que posteriormente recibió el nombre de "imputación periférica", la cual es entendida como la relación existente entre el supuesto y la consecuencia jurídica de la sanción, como puede verse en el siguiente párrafo:

Podemos designar el enlace específico de hecho y consecuencia con el nombre de "imputación", distinguiéndolo así con toda pulcritud, incluso desde el punto de vista terminológico, de la "causalidad", que es el enlace de elementos dentro del sistema de la naturaleza. Este concepto de imputación, propio de la teoría jurídica, no es en modo alguno idéntico con el principio de la imputación formulado por la política del derecho, de tan fecunda aplicación en el derecho penal. Es verdad que el término "imputación" es usado con preferencia en el último sentido; pero es fácil desprender de él, el concepto propio de la teoría jurídica. Si se pregunta "qué" debe ser imputado —siguiendo el uso corriente del lenguaje— y a "quién", muéstrase que esta cuestión —de derecho positivo— no puede contestarse sin hacer referencia al acto coactivo (como consecuencia

<sup>6</sup> KELSEN Hans, "Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berücksichtigung von Vaihingers Philosophie des Als-Ob", *Annalen der Philosophie*, vol. I, 1919, pp. 630-658.

<sup>7</sup> *Cfr. Id.* p. vii.

jurídica). Según el uso corriente del lenguaje, un determinado hecho se imputa al hombre contra el cual se dirige el acto coactivo (como consecuencia jurídica), subordinado a la condición de ese hecho. Esto suele expresarse corrientemente, aunque con cierta inexactitud, diciendo: se imputa a un hombre aquél hecho "en virtud del cual" es castigado o sancionado civilmente. Esta expresión "en virtud de" significa, si se deja a un lado la referencia a las razones del legislador —cuestión irrelevante para la teoría jurídica—, que este hecho es la condición establecida en la proposición jurídica para el ejercicio del acto coactivo, que afecta a un hombre. Por tanto, en el concepto jurídico de la imputación exprésase esencialmente una relación entre el hecho condicionante —que es imputado— y la consecuencia condicionada, el acto coactivo; pues no puede determinarse que un hecho cualquiera debe ser imputado, si el mismo no constituye la condición de un acto coactivo.<sup>8</sup>

En su primera obra de 1911 existe un extenso comentario sobre lo que significa jurídicamente la "voluntad". Sólo de modo indirecto puede inferirse, de las consideraciones sobre el derecho entendido como voluntad del Estado, que Kelsen tenía como el objeto de sus reflexiones al derecho positivo. Por lo demás, existen manifestaciones expresas en contra de las doctrinas iusnaturalistas. Si el derecho es la voluntad del Estado aquél sólo puede ser concebido como derecho positivo.

## B) Segunda época

### a) *El concepto sociológico y el jurídico del Estado*

Los *Hauptprobleme* fueron publicados en 1911 y, como puede observarse de lo hasta aquí expuesto, Kelsen se encontraba totalmente de acuerdo con el dualismo original lógico de Hume y Kant, aunque en esa época y en ese libro no menciona al gran filósofo escocés.

En el libro cuyo título es *El concepto sociológico y el jurídico del Estado*, originalmente publicado en 1922, existen aportaciones fundamentales para nuestro tema, pues en él se investigan y se contrastan los conceptos jurídicos y los sociológicos y se intenta delimitarlos mutuamente.

Dice Kelsen:

<sup>8</sup> KELSEN, Hans, *Teoría general del Estado*, trad. Luis Legaz Lacambra, Madrid, Editorial Labor, 1934, pp. 64 y 65.

Que tanto el Estado como el derecho, como sistema de normas, caigan dentro del ámbito del deber ser y no del ser esto no quiere decir otra cosa, por lo pronto, que la específica existencia y legalidad del Estado es distinta de aquélla de la naturaleza. Al ser natural, al que se le designa solamente como "ser" se le opondrá el ser del Estado, como algo totalmente diferente, de igual manera que se contrapone a la legalidad causal de la naturaleza —a la que se sostiene como la legalidad— con la legalidad normativa del Estado como totalmente diferente.<sup>9</sup>

Dice Kelsen que éste es un significado puramente negativo del dualismo entre el deber ser y el ser, entre *sein* y *sollen*. Lo que primero debe observarse en este párrafo es que tanto a la naturaleza como al derecho y al Estado, se le designa como sistemas. En los *Hauptprobleme*,<sup>10</sup> siguiendo la tradición filosófica kantiana, Kelsen afirma que el sistema se obtiene por las relaciones sujetas a leyes categoriales específicas en los juicios correspondientes a las diversas ciencias. Esta afirmación no debe extrañar a nadie, pues debe tenerse en cuenta que Kelsen, en esta época, se encontraba profundamente influido por la filosofía kantiana del conocimiento. En el fondo, el dualismo del *sein* y del *sollen* consiste en una conexión diferente de elementos. La diferencia entre ellos no se encuentra en los elementos relacionados en cada uno de los sistemas, sino en la específica conexión que se establece entre dichos elementos. Si la diferencia no está en la materia de la relación categorial, entonces debe estar dada en la diversidad respecto del criterio de relación, en el distinto concepto de conexión. Kelsen no afirma que los elementos de ambos sistemas sean totalmente distintos. Afirma que en el ámbito de la naturaleza ciertos elementos de un conjunto están relacionados con otros con arreglo a una legalidad específica: la causalidad. Por el contrario, el sistema de las normas jurídicas, el derecho, conecta los elementos de ese conjunto con otros elementos con arreglo a una legalidad diferente.

Al hecho efectivo (*Seinsfaktum*) del robo de ninguna manera tiene que seguir necesariamente el efecto del castigo. Éste a menudo no se sigue. Una legalidad inexceptionable —distinta de la legalidad causal— existe en la específica relación jurídica entre robo y castigo, es decir, sólo como contenido de la proposición jurídica, de la norma jurídica, puede ser hecha la conexión.<sup>11</sup>

<sup>9</sup> KELSEN, Hans, *Der Soziologische und der juristische Staatsbegriff*, Aalen, Scientia Verlag, 1962, p. 2.

<sup>10</sup> Cfr., KELSEN, Hans, *op. cit.*, *supra*, nota, 2, p. 79.

<sup>11</sup> Cfr., KELSEN, Hans, *op. cit.*, *supra*, nota, 8, p. 76.

Por eso afirma que no es correcto decir que el que roba será (en sentido causal) castigado, sino que *debe* (como consecuencia jurídica) ser castigado. Aquí importa destacar una expresión específica: que algo es debido. Este deber es el que determina qué elementos son los que pertenecerán al conjunto de aquéllos que serán miembros del conjunto determinado por la relación del deber. Estos elementos no están dados de antemano. Ellos apenas se constituyen, se ponen como elementos de la relación en la que consiste el deber o imputación.

En esta época Kelsen, bajo la poderosa influencia de Kant y H. Cohen, se cuidaba mucho de concebir y afirmar que los hechos naturales que realizan o ejecutan al derecho, son elementos de la norma y, por tanto, tienen carácter jurídico. Dice Kelsen que, con ello el dualismo de *sein y sollen* se perdería o nulificaría.<sup>12</sup> Sin embargo, reconoce que existe una tendencia del *sollen* al *sein*.<sup>13</sup> Habla entonces de una concordancia (*ubereinstimmung*) del ser con el deber, concordancia derivada de la comparación de sus contenidos: "...es, sin embargo, posible el juicio de que el contenido del ser concuerda o no con el deber de alguna manera supuesto".<sup>14</sup> En otras palabras, la identidad de los elementos de un sistema se determina con arreglo a la propia legalidad del sistema, por lo que no puede decirse que un mismo elemento forma parte de los dos sistemas que se han postulado: el causal y el normativo. En el mejor de los casos podría hablarse de una "concordancia".

En relación con este tema de la realización de los valores o de las normas, Kelsen señala con toda exactitud que cuando una tal realización se da, debe observarse cuidadosamente que los hechos constitutivos de tal realización no son efectos específicos cuya causa sea la norma, el deber o el valor. La causa de un hecho valioso o de una conducta debida no es el valor o la norma que establece el deber, i. e., la norma moral o jurídica que establece como debido ese hecho o esa conducta debida no es el valor o la norma que establece el deber, i. e., la norma moral o jurídica que establece como debido ese hecho o esa conducta, sino que la causa está constituida dice Kelsen, por el pensar, querer y sentir el hecho valioso o la conducta debida.

Desvinculado el deber ser (*sollen*) de toda relación con el ser causal, adquiera como significación propia solamente la de ser la "legalidad propia específica" de un sistema de normas.<sup>15</sup> En qué consiste esta "legalidad propia" de un sistema de normas es algo que no queda

<sup>12</sup> *Vid., Id.*, p. 79.

<sup>13</sup> *Vid., Id.*, pp. 78-79.

<sup>14</sup> *Cfr., Id.*, p. 80.

<sup>15</sup> *Ibidem.*

explicitado expresamente ni consignado de manera positiva. Se afirma que este sistema no es el de la naturaleza y que su legalidad constitutiva es distinta de la causalidad. En realidad, estamos frente a determinaciones puramente negativas.

Con lo dicho queda claro lo siguiente: Kelsen reconoce que los hechos, conductas, acciones, situaciones, etcétera, a los que pudiera aplicárseles los predicados de debidos, valiosos, etcétera, transcurren en el plano del ser, del *sein*, cuya legalidad *a priori* específica es la causalidad. Sin embargo, dada la posibilidad de que ciertos hechos o actos sean calificados de valiosos, debidos, etcétera, es decir, con predicados normativos, de esto concluye la existencia de las normas respectivas con base en las cuales tales predicados son posibles. Estas normas no son ni pueden ser las causas de tales hechos o acciones: están en un plano diverso, en otro ámbito, al cual denomina "ideal", cuya legalidad es el *sollen*. Ésta es sólo, en el fondo, la afirmación de lo que más adelante denominó "*pureza metódica*" del conocimiento dirigido a las normas. Según Kelsen sólo ella permite afirmar la posibilidad de una ciencia que tenga por objeto de estudio a las normas, a aquellos elementos ideales que permiten afirmar que algo es valioso, o debido.

Posteriormente, en 1925, encontramos la inclusión del deber ser en lo que entonces denominaba la "ley jurídica". Dice Kelsen:

Si el derecho es un orden coactivo, cada norma jurídica habrá de prescribir y regular el ejercicio de la coacción. Su esencia tradúcese en una proposición, en la cual se enlaza un acto coactivo, como consecuencia jurídica, a un determinado supuesto de hecho o condición. A la manera de la ley natural, hay aquí un específico enlace de dos elementos: la condición y la consecuencia. Ahora bien, la condición jurídica —el "supuesto de hecho" en sentido estricto— no se enlaza con el hecho de la "consecuencia jurídica" en el mismo sentido que se enlazan la causa y el efecto en la ley natural, sino en un sentido específicamente jurídico. Lo que expresa esta autonomía normativa del derecho frente a la legalidad de la naturaleza es el "deber ser". La ley jurídica dice: si a es, "debe ser" b; mientras que la ley natural dice: si a es, "es" también b. Y esta distinción expresa lo siguiente: la condición jurídica no es la "causa" de la consecuencia jurídica, ni la consecuencia jurídica es el "efecto"; la consecuencia del acto coactivo sigue al hecho de la condición por vía jurídica, no por vía naturalista; por necesidad del derecho, no por necesidad de la naturaleza.<sup>16</sup>

<sup>16</sup> Cfr., KELSEN, Hans, *op. cit. supra*, nota 8, p. 62.

En este texto, el deber ser (*sollen*) se encuentra identificado con la "legalidad jurídica". Esto sólo puede entenderse desde el punto de vista de la filosofía kantiana. Kelsen habla de "proposición jurídica" sin diferenciar, como lo hará posteriormente, entre "norma jurídica" y "proposición jurídica" (regla de derecho). En esa época no era de urgencia hacer la diferenciación, por la siguiente razón: el *sollen* conecta un acto coactivo con un supuesto de hecho, o condición. En consecuencia, es parte de la norma. Como kantiano riguroso tenía que afirmar que todo aquello que se encuentra en el objeto de conocimiento debe haber sido puesto por el entendimiento, pues nada hay en el objeto que no haya sido construido cognoscitivamente. Por lo tanto, el *sollen* es una categoría gnoseológica que trasciende hasta el objeto, constituyéndolo o construyéndolo. Esto es análogo a lo que acontece en la ciencia natural. Si la categoría de la causalidad es un concepto gnoseológico, entonces, conforme a Kant, la naturaleza misma, el objeto de conocimiento, es un conjunto de elementos conectados entre sí como causas y efectos. Esto tiene como supuesto este principio: las condiciones del conocimiento de los objetos son las condiciones de los objetos del conocimiento.<sup>17</sup> Las leyes del pensamiento trascienden al objeto pensado. (Esto es totalmente similar a la transición de conceptos semánticos a conceptos absolutos en Carnap).<sup>18</sup> Dice Kelsen que el *sollen* "es categoría gnoseológica-trascendental en el sentido de la filosofía kantiana, no metafísica-trascendente".<sup>19</sup>

Con todo lo anterior y aún considerando estos textos como clásicos en la historia del pensamiento jurídico, sin embargo es necesario observar que Kelsen no nos ha presentado una caracterización positiva de lo que es el *sollen*. Todo lo dicho han sido determinaciones negativas: el *sollen* no es causalidad; la condición jurídica no es causa y la consecuencia jurídica no es efecto. ¿Qué es, entonces, el *sollen* dicho de manera positiva? Si decimos: es la relación normativa caemos en un círculo vicioso, pues la norma se determina por el *sollen* y no a la inversa, pues el *sollen* es una categoría y, por lo tanto, es el *a priori* de la normatividad. En el fondo lo que aparece de nueva cuenta es la tesis de Simmel sobre la "categoría originaria" de la conciencia, que no puede ser descrita más particularmente, pues no hay concepto más

<sup>17</sup> Este es el principio de los juicios sintéticos *a priori*, en la terminología kantiana de la "Crítica de la razón pura".

<sup>18</sup> Vid., CARNAP, Rudolf, *Introduction to Semantics*, Cambridge, Mass. Harvard University Press, 1942, pp. 88-89.

<sup>19</sup> Cfr., KELSEN, Hans, *La teoría pura del derecho*, trad. Jorge G. Tejerina, Buenos Aires, Argentina, Editorial Losada, 1941, pp. 50-51.

alto u original con el cual pueda determinarse conceptualmente. Todo lo que puede hacerse es mostrar al deber ser y aquél que tenga ojos que lo vea. El que carezca de facultades para ello...

En conclusión, en esta segunda etapa, Kelsen mantiene el dualismo fundamental entre el ser y el deber ser (*sollen*) y presenta la tesis de que el deber ser es la relación o legalidad jurídica, entendida como la ley categorial que enlaza el supuesto de hecho ilícito con la consecuencia coactiva. Qué tipo de relación sea ésta, no se nos dice explícitamente. Sólo es caracterizada con predicados negativos.

### b) *Teoría general del derecho y del estado*

Esto mismo vale para el Kelsen de 1949, cuando publica en inglés *La teoría general del derecho y del estado*. En esta obra dice Kelsen:

La afirmación de que un individuo "debe" conducirse de cierta manera significa que este comportamiento está prescrito por una norma, ya que se trata de una norma moral, de una norma jurídica o de cualquier otra. El "deber ser" simplemente expresa el sentido específico en el cual la conducta humana se encuentra determinada por una norma. Lo único que podemos hacer para describir tal sentido es afirmar que es diferente de aquel en el cual decimos que un individuo realmente se comporta en cierta forma, o que alguna cosa sucede o existe realmente. La afirmación relativa a que algo debe ocurrir es una afirmación sobre la existencia y el contenido de una norma, no sobre la realidad natural, es decir, sobre acontecimientos reales en la naturaleza.<sup>20</sup>

En este párrafo vuelve a aparecer la tesis de Simmel de la categoría última de la conciencia, no analizable. La dualidad de ser y deber ser sólo se muestra, no se explica. Sin embargo, en esta obra Kelsen ya distingue con toda pulcritud entre la norma jurídica, producto de los actos legislativos, y la regla de derecho, juicio enunciativo de la ciencia jurídica, el cual puede ser verdadero o falso. En cambio, la norma jurídica, parte del derecho y producto de la actividad de los órganos jurídicos, nunca es verdadera o falsa, sino sólo puede ser válida o inválida, i. e., existir o no existir como norma. El deber ser o impugnación se traslada ahora a la regla de derecho. Ésta...

<sup>20</sup> Cfr., KELSEN, Hans, *La teoría general del derecho y del estado*, trad. Eduardo García Máynez, México, UNAM, (1949) 1983, pp. 42-43.

usado el término en su sentido descriptivo, es un juicio hipotético que enlaza ciertas consecuencias a determinadas condiciones. La regla de derecho y la ley natural difieren no tanto en los elementos que enlazan sino en la forma de tales enlaces. La ley natural establece: si A es B es (o será). La regla de derecho dice: Si A es, B debe ser.<sup>21</sup>

### C) Tercera época

#### a) Teoría pura del derecho

Hemos visto cómo Kelsen se ha alejado cada vez más del fundamento kantiano de su teoría. El deber ser (*sollen*) ya no pertenece a las normas, como consecuencia del principio supremo de los juicios sintéticos a priori. Ahora es tan sólo el enlace entre el supuesto y la consecuencia coactiva dentro de la proposición jurídica, de la regla de derecho, como enunciado propio de la jurisprudencia.

En esta obra, originalmente publicada en alemán en 1960, el deber ser adquiere un nuevo sentido, como una palabra que designa un conjunto de funciones normativas. Con la palabra norma, dice Kelsen:

se alude a que algo debe ser o producirse; especialmente, a que un hombre debe comportarse de determinada manera. Este es el sentido que tienen ciertas acciones humanas dirigidas intencionalmente hacia el comportamiento de otros. Están dirigidas intencionalmente hacia el comportamiento de otros cuando, según su sentido, ordenan (mandan) ese comportamiento; pero también cuando lo permiten y, muy especialmente, cuando lo facultan, es decir, cuando a los otros se les otorga un determinado poder, en especial el poder de establecer normas. Se trata en este sentido de actos volitivos.<sup>22</sup>

En este párrafo Kelsen ha adicionado lo que entiende por deber ser (*sollen*), otorgando a esta palabra funciones nuevas. La norma es el sentido de un acto de voluntad, i. e., de un acto dirigido intencionalmente hacia la conducta de otros hombres. Este sentido de un acto de voluntad, cualquiera que sea su contenido, sólo puede ser, en principio, de tres clases fundamentales: permitir, ordenar y facultar. Con el objeto de referirse conjuntamente a estas tres funciones normativas, Kelsen usa la palabra "deber ser" (*sollen*). Para explicar

<sup>21</sup> Cfr., *Id.*, p. 54.

<sup>22</sup> Cfr., KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. Roberto J. Vernengo, México, UNAM, (1979) 1986, p. 18.

lo anterior, podríamos decir que una conducta cualquiera, como cerrar la puerta, para tomar el clásico ejemplo, puede estar ordenada, puede estar permitida o puede facultarse a otra persona para que dicte una norma ordenándola o permitiéndola. En consecuencia, cualquiera que sea la conducta, la norma jurídica tiene tres funciones diferentes en relación con ella:

- a) ordenarla
- b) permitirla
- c) facultarla

Dice Kelsen:

Cuando un hombre, a través de un acto cualquiera, exterioriza su voluntad de que otro hombre actúe en determinada manera; cuando ordena, o permite o faculta esa conducta, el sentido de su acto no puede ser descrito con el enunciado que afirma que el otro así actuará, sino con el enunciado de que el otro así debe actuar. Aquél que ordena o faculta, quiere; aquél a quien está dirigida la orden, u otorgado el permiso o concedida la facultad, debe.<sup>23</sup>

En resumen, Kelsen en este periodo de su desarrollo doctrinal, afirma:

1. La norma es el sentido de un acto de voluntad de un hombre dirigido intencionalmente a la conducta de otro hombre.

2. Las funciones principales de la norma son:

- i) ordenar;
- ii) permitir;
- iii) facultar.

3. El deber ser (*sollen*) es el término conjunto para referirse a esas tres funciones normativas.

4. La conexión entre el ilícito y la sanción es el deber ser.

Esta última tesis se encuentra repetido en *Der Soziologische und der Juristische Staatsbegriff*,<sup>24</sup> evidentemente tomándola de sus trabajos anteriores. Lo que puede significar en este contexto es lo siguiente: del concepto del derecho, entendido como orden coactivo

<sup>23</sup> *Ibidem*.

<sup>24</sup> *Vid., op. cit. supra* nota 8.

pueden desprenderse las tres funciones normativas que designa el "deber ser".

5. La distinción entre ser y deber ser no puede ser explicada más de cerca. "Se encuentra inmediatamente dada a nuestra conciencia".<sup>25</sup>

Esta tesis es apuntalada con una cita de G. E. Moore, quien en su *Principia Ethica*,<sup>26</sup> dice que "bueno" es una noción simple, tal como amarillo también lo es. Kelsen cree que esto vale también para el concepto del deber ser (*sollen*), el cual no es definible ni analizable. Esta es la tesis de Simmel.

### b) Teoría general de las normas

Esta obra póstuma contiene, es preciso decirlo, algunas —pocas— innovaciones, cuyas consecuencias habrá que explorar con cuidado. Dos tesis fundamentales de su teoría permanecen invariables. Procedamos en el mismo orden en el que se consignaron las conclusiones en el número anterior.

1. En relación con esta conclusión, en la obra que nos ocupa,<sup>27</sup> no hay variación esencial.

En tanto que la palabra "norma" designa una prescripción, un mandato, "norma" significa: que algo debe ser o acontecer. El acto cuyo sentido es que algo es ordenado, que algo es prescrito, es un acto de voluntad. . . El deber, la norma, es el sentido de una voluntad, de un acto de voluntad y —cuando la norma es una prescripción, un mandato— es el sentido de un acto dirigido hacia la conducta de otros, de un acto cuyo sentido es que otro (u otros) debe (deben) comportarse de determinada manera.<sup>28</sup>

En este párrafo no encontramos novedad alguna. Simplemente repite la tesis que en tantas ocasiones ya ha presentado. Sin embargo, la complementa con otra que reviste mayor importancia:

Sólo un querer dirigido hacia la conducta de otro (incluyendo el alter ego) tiene el sentido de un deber ser, es decir, de una orden, de un mandato, de una prescripción, de una norma. El sentido

<sup>25</sup> Cfr., *op. cit. supra* nota 18, p. 19.

<sup>26</sup> MOORE, George Edward, *Principia Ethica*, Cambridge, Cambridge University Press, 1972, pp. 7 y ss.

<sup>27</sup> KELSEN, Hans, *Allgemeine Theorie der Normen*, Viena, Menzsche Verlag und Universitätsbuchhandlung, 1979.

<sup>28</sup> Cfr., *Id.*, p. 2.

de mi acto de voluntad dirigido a la conducta de otro, el sentido de un acto de ordenar, sólo puede ser descrito con la palabra "deber" (*sollen*), pues la conducta del otro, hacia la que está dirigida mi voluntad —expresado figurativamente— el contenido de mi voluntad es la conducta de otro, la que yo quiero, no es el *ser* de la conducta del otro. Yo "quiero" esta conducta como debida y es debida incluso antes de que sea, es decir, antes de que el otro cumpla mi orden. Esta conducta puede *ser*, pero puede también *no ser*; es decir, el otro puede obedecer mi orden o puede no obedecerla. Esta conducta se presenta en mi orden no en el *modo del ser*, sino en el *modo del deber ser*.<sup>29</sup>

Esta tesis tiene alguna trascendencia para lo que sigue. Es necesario explicitar lo que Kelsen entiende por acto de voluntad, que como hemos visto, se dirige necesariamente a la conducta de otro u otros sujetos. No puedo querer, conforme a Kelsen, de otro, la conducta que realiza en el presente o la conducta que ya se ha realizado, es decir, la conducta que es o ha sido. Sólo puedo querer la conducta de otro sujeto, que todavía no es, que puede realizarse en el futuro.

Kelsen, en este último libro, hace algunas consideraciones sobre lo que es la voluntad, entendida dentro de los supuestos de una concepción mentalista, psíquica, de la psicología. La voluntad es un proceso psicológico que transcurre en el interior del hombre, que sólo puede ser objeto de autoobservación y que condiciona, o causa o produce, movimientos corporales de diversa índole. Nada hemos de decir sobre esto, pues este tema no es materia de este ensayo. Sin embargo, cuando Kelsen explicita este concepto desde el punto de vista de la jurisprudencia, el carácter mentalista, cuya base está en los conceptos de una psicología interna de procesos que se desarrollan en un ámbito inmaterial sujeto a leyes peculiares, es radicalmente abandonado. Con ello recorre Kelsen el camino que en su obra nos ha enseñado a evitar: el de pasar de un ámbito específico de las consideraciones a otro distinto, cambiando el sentido de las palabras originales al producirse el tránsito. Ejemplo: la palabra "libertad". El cambio de su significado señala el tránsito realizado de un ámbito a otro. De significar originalmente ausencia de toda restricción social y, por tanto, de todo orden normativo, si es utilizada como concepto fundamental de la ciencia social, es necesario que se opere un cambio de significado, debido a que se ha pasado del concepto del anarquismo al de la ciencia social. Libertad, ahora, ya no significa ausencia

<sup>29</sup> *Ibidem*.

de todo orden social, sino un orden social específico. Significa auto-determinación, autonomía.

Análogamente, con la palabra "voluntad" puede uno percatarse del cambio de significado que sufre cuando Kelsen pasa del ámbito de las consideraciones psicologistas al ámbito de la jurisprudencia. La palabra "voluntad", de designar un proceso psíquico interno, perceptible sólo por medio de la autoobservación, pasa a designar algo externo, objetivo, comprobable públicamente: el acto de creación de una norma. Dice Kelsen: "El acto de voluntad cuyo sentido es la norma, es el acto del cual figurativamente se dice: que la norma es creada por él; es el acto por el cual la norma es establecida, el acto creador de la norma".<sup>30</sup> No hay duda, entonces, que las condiciones y los procesos subjetivos, psicológicos en un sentido mentalista, nada tienen que hacer aquí. El acto de voluntad es un hecho objetivo, tipificado de cierta manera: comprende, dentro de la extensión de su concepto, actos tan diversos como el proceso legislativo, tal como está establecido en las constituciones de las democracias parlamentarias, proceso que no transcurre en ninguna cámara psíquica oscura dentro de la cabeza de cada legislador, sino que consiste en una serie de actos ordenados temporalmente, de carácter externo; la costumbre, el acto de emisión de un reglamento, el acto de dictar una sentencia etcétera.<sup>31</sup>

2. En *Allgemeine Theorie der Normen*<sup>32</sup> existe claramente una novedad en cuanto a la enumeración de las funciones de las normas. Kelsen sigue afirmando que esas funciones son ordenar, permitir, facultar y agrega una cuarta: derogar. "Si se acepta que cada norma estatuye un "deber ser" (*sollen*) ésta palabra comprende todas las posibles funciones normativas: ordenar (*gebieten*), facultar (*ermächtigen*), permitir (*erlauben*), derogar (*derogieren*)."<sup>33</sup>

3. Esta obra nos indica que la palabra "deber ser" (*sollen*) designa a estas cuatro funciones, que es su nombre conjunto.

4. En cuanto a la identidad del deber ser y la imputación, como la relación entre el ilícito y la sanción en la proposición jurídica, no hay nada nuevo ni explícito en esta obra.

<sup>30</sup> *Ibidem*.

<sup>31</sup> Esta misma tesis se encuentra también en KELSEN, Hans, "Derecho y lógica", trad. Ulises Schmill y Jorge Castro Valle, *Cuadernos de crítica*, México, UNAM, 1978. Sobre esto véase también SCHMILL, Ulises, "Consideraciones sobre 'Derecho y lógica' de Hans Kelsen", *Crítica, Revista Hispanoamericana de Filosofía*, México, 1978, vol. 10, núm. 30.

<sup>32</sup> *Op. cit. supra* nota 26.

<sup>33</sup> *Cfr., Id.* p. 3.

5. Sigue sosteniendo Kelsen la tesis de Simmel.<sup>34</sup>

### 3. Los conceptos de "validez" y de "pureza metódica"

Es necesario, en relación con todo lo anterior, exponer algunas consideraciones sobre los conceptos de "validez" y "pureza metódica", que tan importante papel juegan en la teoría de Kelsen. La necesidad de exponer algunas consideraciones sobre dichos conceptos deriva del hecho de que uno de ellos, el de la validez, resume o expresa el concepto del deber ser, en cuanto se considera a la validez como algo empírico, que puede ser objeto de análisis científico y que, por tanto, no constituye concepto metafísico de ningún tipo. El otro concepto, el de la pureza metódica, presenta las limitaciones metodológicas que Kelsen ha impuesto a su teoría.

En cuanto a la noción de la validez Kelsen dice:

Con el término "validez" designamos la existencia específica de una norma. Cuando describimos el sentido, o el significado, de un acto que instituye una norma, decimos que, con el acto en cuestión, cierto comportamiento humano es ordenado, mandado, prescrito, preceptuado, prohibido; o bien, admitido, permitido, autorizado. Cuando nosotros, como hemos propuesto anteriormente, recurrimos a la palabra "deber" con un sentido que comprende todos estos significados, podemos expresar la validez de una norma diciendo que algo debe ser o no; o debe ser hecho o no. Si la existencia específica de una norma es designada como su "validez", recibe expresión así la modalidad particular en que se presenta, a diferencia de la realidad de los hechos naturales. La "existencia" de una norma positiva, su validez, es diferente de la existencia del acto de voluntad cuyo sentido objetivo ella es.<sup>35</sup>

Una lectura atenta del párrafo anterior conduce fácilmente al convencimiento de que en el concepto de la validez se encuentran unidos dos conceptos: el del deber ser (*sollen*) y el de la existencia del deber ser (*sollen*). Para indicar que un deber ser existe, Kelsen utiliza la expresión "validez". La "validez" de una norma, dice Kelsen, es su existencia. Claro es que esta existencia no es la del ser causal, la del fenómeno determinado con arreglo a la ley de causalidad, sino es una existencia "ideal", es la existencia de un significado, la existencia

<sup>34</sup> Cfr. *Id.*, p. 2.

<sup>35</sup> Cfr., *op. cit. supra* nota 22, p. 24.

del sentido de un acto dirigido intencionalmente a la conducta de otro sujeto.

Si se considera que un deber ser "existe" si y sólo si es posible comprobar empíricamente la ocurrencia de un acto humano específico que lo estatuye o lo crea, entonces esta tesis es la que caracteriza al positivismo, concebido como una corriente del pensamiento que considera como existentes, como válidas, sólo a aquellos significados dirigidos a la conducta de otro sujeto que pueden adscribirse a un ser humano específico, en cierto tiempo y en cierto lugar también específicamente determinados. La afirmación de la existencia de normas sin que dicha existencia pueda adscribirse a la conducta de un sujeto determinado en cierto tiempo o lugar, es lo que caracteriza a las diversas doctrinas iusnaturalistas o, por lo menos, no positivistas.

¿Por qué es necesario considerar, en este contexto, el concepto de la validez de una norma? La razón de ello está en las limitaciones metodológicas que Kelsen se ha impuesto en su labor teórica y que las ha denominado con la expresión "pureza metódica". Esta expresión se refiere a la directriz o regla que Kelsen decidió seguir en la consideración del derecho, como objeto de una ciencia. La exclusión de toda consideración causal sobre el derecho así como la abstención de todo juicio valorativo respecto de las normas jurídicas, dos abstenciones, dos decisiones negativas (pureza metódica en sentido negativo), lo dejan con sólo un elemento como objeto de su teoría: el significado o sentido de aquéllos actos humanos existentes históricamente dirigidos intencionalmente a la conducta de otros seres humanos. Ya hemos visto que este significado o sentido de ciertos actos humanos, los actos de mandato, sólo pueden ser descritos, conforme a Kelsen, con el concepto del deber. Por ello, la dualidad del deber ser y el ser, de la naturaleza y la norma, de la descripción y la prescripción, constituye el fundamento último de toda su doctrina. Excluyendo todo elemento o consideración sociológica, o como nosotros diríamos, pragmática, el concepto del deber no puede ser explicitado más de cerca, pues es el concepto último a partir del cual y con base en el cual, pueden hacerse todos los enunciados sobre el derecho, entendido como conjunto autónomo de normas. La teoría de Kelsen, entonces, es una teoría semántica en torno a la validez de las normas y los principios con arreglo a los cuales ellas forman un orden.

#### 4. *Acentuación de los elementos pragmáticos en la teoría de Kelsen*

En la exposición del desarrollo de la teoría de Kelsen encontramos, si se le analiza con cuidado, un progresivo énfasis en los aspectos pragmáticos del problema. En las primeras etapas de su desarrollo teórico, su interés se centraba fundamentalmente en la comprensión de la legalidad específica del deber ser, i. e., en el desarrollo sistemático de las consecuencias que se derivan de postular incondicionalmente un dualismo radical entre el *sein* y el *sollen*. Si este dualismo se coloca como axioma, el cual en cuanto tal no necesita ser mayormente explicado, precisamente por su calidad de axioma, de primer supuesto, la labor teórica se concentra en la tarea de presentar todas las consecuencias que pueden derivarse de semejante axioma. Esta fue la labor teórica de Kelsen en sus primeras etapas de su desarrollo doctrinal. Pero tuvimos la oportunidad de mostrar que el interés teórico fue desplazándose paulatinamente hasta que se encontró frente al insoluble problema de explicitar el sentido o significado del *sollen*. Calificamos de insoluble el problema porque creemos que carece de solución dentro del limitado campo en el cual fue planteado: el campo de lo que ahora se denomina "semántica". ¿En qué consistió el cambio de énfasis? Solamente en el hecho de que el punto de vista de la consideración, el semántico, fue sustituido por un punto de vista pragmático. Ahora Kelsen se preocupa por contestar a la pregunta de cuándo nos encontramos frente a un deber ser (*sollen*), pues no otro es el significado de la continua insistencia sobre lo que hemos denominado la "positividad" del *sollen*, i. e., la insistencia en que el *sollen* es el sentido de un acto de voluntad. No hay norma sin acto de voluntad.

No hay deber ser (*sollen*) sin un acto que lo establezca. Ningún imperativo sin un imperator. La norma es entendida en relación con un acto externo a ella y que la condiciona no sólo en su existencia, sino incluso, en su sentido inmanente. La norma es el producto de un acto. Es el sentido de un acto de creación. Por lo tanto, no puede comprenderse en sí misma, aislada de todo elemento externo a ella; por el contrario, sólo en conexión con ciertos elementos reales, en especial, con ciertos actos humanos, es posible llegar a determinarla, a entenderla y explicarla. Este interés es uno que sólo puede ser calificado de pragmático, en el sentido de la teoría lingüística.<sup>36</sup>

<sup>36</sup> Por esto, con razón, Alchurrón y Bulygin consideran que Kelsen tiene una concepción expresiva de las normas. *Vid.*, ALCHURRÓN, C. y BULYGIN, E. "The

El camino que conduce a una concepción pragmática del derecho lo ha recorrido con una gran brillantez y exactitud John Austin, con su concepto de la norma entendida como mandato. En el concepto mismo de mandato se encuentra la relación de la norma con el acto que la establece. No se entiende norma alguna, dentro de la teoría del mandato, si no es puesta en relación con el acto de emisión del mandato u orden correspondiente. La misma expresión del mandato (*command*) señala a este elemento empírico externo a la expresión lingüística, o incluso, para ser más platonistas, externo a la proposición normativa.

Evidentemente, la concepción dinámica de las normas, tal como es presentada y desarrollada por Kelsen, tiene el mismo sentido: toda norma ha de ser entendida como norma positiva, como norma puesta o legislada por un acto específico.

Expondremos la tesis de Austin de la norma entendida como mandato y después formularemos la teoría de la norma de modo conductista, aprovechando las enseñanzas de Austin y Kelsen.

##### 5. *La norma entendida como mandato: teoría de Austin*

John Austin, principal jurista creador de la tesis que entiende a la norma bajo el concepto de mandato, dice: "Every law or rule (taken with the largest signification which can be given to the term properly) is a command".<sup>37</sup>

Traduciremos la palabra inglesa "command" por mandato. Este concepto central es explicado en la siguiente forma:

If you express or intimate a wish that I shall do or forbear from some act, and if you will visit me with an evil in case I comply not with your wish, the *expression* or *intimation* of your wish is a *command*. A command is distinguish from other significations of desire not by the style in which the desired is signified, but by the power and the purpose of the party commanding to inflict an evil or pain in case the desired be disregarded.<sup>38</sup>

Expressive Conception of Norms" en Hilpinen R. (Ed) *New Studies in Deontic Logic*. D. Reidel Publishing Company, 1981, p. 98.

<sup>37</sup> "Toda ley o regla (tomando estos términos propiamente en el más amplio significado que puede dárseles) es un mandato". *Cfr.*, AUSTIN, John, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, Glashutten im Taunus, Verlag Detlev Auvermann KG., 1972, p. 88.

<sup>38</sup> "Si tú expresas o notificas un deseo de que yo haga u omita cierto acto y si tú me infligirás un mal en caso de que no satisfaga tu deseo, la expresión o noti-

En este texto el mandato aparece como la expresión de un deseo, como su notificación (*intimation*) o externalización, siempre y cuando en caso de no ser cumplido o satisfecho por la otra parte, por omitir la conducta ordenada o ejecutar la conducta contraria al deseo, el destinatario del mandato se encuentra sujeto a sufrir un mal, un daño infligido por la parte emisora del mandato o por otra como representante de ésta. En otros términos, el párrafo transcrito establece como condiciones para considerar una expresión como un mandato, las siguientes:

- a) Por parte del emisor:
  1. la existencia de un deseo,
  2. la expresión de ese deseo,
  3. la especificación de la conducta o de la omisión del destinatario que satisfará el deseo del emisor,
  4. El poder del emisor de infligir un daño o hacer un mal al destinatario en el caso de que éste no entienda el deseo del emisor,
- b) Por parte del destinatario:
  1. la recepción de la expresión del deseo del emisor,
  2. la recepción de la especificación de la conducta o de la omisión del destinatario que satisfará el deseo del emisor del mandato.
  3. La sujeción al poder del emisor del mandato de infligir un daño o un mal al destinatario del mandato.

Debemos enfatizar el concepto, en nuestra opinión, central en el párrafo que se analiza, concepto que condiciona a todos los demás contenidos en el texto transcrito: el concepto del poder del emisor del mandato de infligir un daño al destinatario del mandato. Si este poder no existiera, si fuera ficticio, si se pudiera contrarrestar o hacerlo ineficaz, el receptor o destinatario no estaría en presencia de un mandato. Dice Austin: "A command, then, is a signification of desire. But a command is distinguished from other significations of desire by this peculiarity: that the party to whom it is directed is liable to evil from the other, in case the comply not with the desire".<sup>39</sup>

ficación de tu deseo es un mandato. El mandato se distingue de otras significaciones del deseo, no por el estilo en el cual es significado, sino por el poder y el propósito de la parte que manda infligir un daño o una pena en caso de que no cumpla con el deseo". *Cfr., Id.*, p. 89.

<sup>39</sup> Un mandato, entonces, es una expresión significativa de deseos. Pero un

Esta afirmación nos permite concluir que una expresión lingüística cualquiera o de otro tipo constituye un mandato sólo porque se encuentra en relación con ciertos elementos específicos del contexto, de la situación en la que es emitido. Esta situación o contexto, en el caso del mandato, consiste en que el emisor del mismo posee el poder suficiente para infligir al destinatario un mal para el caso de que éste no cumpla con el contenido del mandato. Una expresión lingüística adquiere el carácter de ser un mandato en función de la situación en la que se emite. Diríamos, el mandato es una función de la situación. Usando los característicos símbolos matemáticos, si 'm' está por mandato y 's' por situación, entonces  $m = f(s)$ .

En relación con los conceptos anteriores, Austin, más adelante y con el objeto de ser explícito, presenta de modo negativo la misma tesis diciendo que "If you cannot or will not harm me in case I comply not with your wish, the expression of your wish is not a command, although you utter your wish in imperative phrase".<sup>40</sup> Éste es el argumento que podríamos denominar "argumento del estilo". Independientemente de la forma lingüística en que este expresado un deseo, dicha expresión es un mandato si, por la situación en la que es emitido, el emisor puede infligir un daño al destinatario o receptor del mismo. Si no se encuentra en tal situación de poder, aunque la expresión lingüística utilice palabras normativas o imperativas, no constituirá un mandato. Por otra parte, muchos mandatos no contienen frases imperativas, sin por ello perder su calidad de mandatos. No es extraño encontrar mandatos formulados con frases o palabras de uso en el modo indicativo o por medio de palabras de cortesía o de súplica. En otras ocasiones, los mandatos se formulan como preguntas de una frase condicionada: "¿Sería usted tan amable de traerme un vaso de agua?"

**En consecuencia, tenemos:**

a) El emisor que expresa un deseo y tiene el poder de infligir un mal al destinatario en caso de la no realización por parte de éste de la conducta u omisión que satisfará tal deseo.

b) El destinatario del mandato, que puede sufrir un daño o mal infligido por el emisor en el caso señalado en el inciso a).

mandato se distingue de otras expresiones significativas de deseo por esta peculiaridad: que la parte a la que está dirigida, está sujeta a un mal proveniente de la otra parte, en el caso de que no satisfaga el deseo". *Cfr., Ibidem.*

<sup>40</sup> "Si tú no puedes o no quieres lastimarme en caso de que no satisfaga tu deseo, la expresión del mismo no es un mandato, aunque expreses tu deseo con una frase imperativa". *Cfr., Ibidem.*

c) Una expresión, generalmente lingüística, el mandato, que contiene el señalamiento de una conducta por parte del destinatario la que satisfará el deseo del emisor.

El mandato c) es el elemento desde el cual se conciben y unifican las situaciones descritas en a) y b). Gracias a éstas, c) es un mandato.

Dice Austin desarrollando el modelo del mandato, o mejor, la norma entendida como mandato:

"Being liable to evil from you if I comply not with a wish which you signify, I am *bound* or *obliged* by your command, or I lie under the duty to obey it. If, in spite of that evil in prospect, I comply not with the wish which you signify, I am say to disobey your command, or to violate the duty which it imposes".<sup>41</sup>

Esta es una definición relacional o funcional de la obligación o deber. Este es determinado en relación con el concepto de mandato. La descripción de la situación del destinatario dentro del contexto constitutivo del mandato, es la obligación o el deber. La situación del destinatario se describe diciendo que está obligado o que tiene el deber de realizar cierta conducta u omisión, que es el contenido del mandato, sólo en el caso en el que se cumplan las condiciones pragmáticas o de hecho que configuran la situación en la que se puede considerar válidamente que se ha emitido un mandato: un sujeto con poder para infligir un daño al destinatario. Por ello, Austin dice que el deber (*duty*), o lo que es lo mismo, la obligación, y el mandato son términos correlativos.<sup>42</sup> No es concebible un deber sin mandato, pues aquél es el nombre de la situación en la que se encuentra el destinatario del mandato. La expresión conversa es también válida: todo mandato establece un deber u obligación. "He who will inflict an evil in case his desire be disregarded, utters a command by expressing or intimating his desire. He who is liable to the evil in case he disregard the desire, is bound or obliged by the command".<sup>43</sup>

Por otra parte y con el objeto de completar la exposición, diremos que, conforme a Austin, se denomina sanción al mal que se infligirá

<sup>41</sup> "Estar sujeto a un mal proveniente de ti y si yo no satisfago un deseo expresado significativamente por ti, es estar sometido u obligado por tu mandato, o estar bajo el deber de obedecerlo. Si, a pesar del posible mal, yo no satisfago el deseo que tú expresas significativamente, se dice que yo desobedezco tu mandato, o que yo violo el deber que me impone". *Cfr., Ibidem.*

<sup>42</sup> *Ibidem.*

<sup>43</sup> "Aquel que infligirá un mal en caso de que no se satisfaga el deseo, emite un mandato al expresar o notificar su deseo; aquél que está sujeto al mal en caso de que no satisfaga el deseo, está sometido u obligado por el mandato". *Cfr. Ibidem.*

a aquel que no cumpla con el deseo expresado por el otro, que desatienda el mandato emitido. "The evil which probably by incurred in case a command be disobeyed or (to use an equivalent expression) in case a duty be broken, is frequently called a *sanction*, or an *enforcement of obedience*. Or (varying the phrase) the command or the duty is said to be *sanctioned* or *enforced* by the chance of incurring the evil".<sup>44</sup>

Para resumir todo lo dicho, el siguiente texto es pertinente:

It appears, then, from what has been premised, that the ideas or notions comprehended by the term *command* are the following: 1. A wish or desire conceived by a rational being, that another rational being shall do or forbear. 2. An evil to proceed from the former, and to be incurred by the latter, in case the latter comply not with the wish. 3. An expression or intimation of the wish by words or other signs.<sup>45</sup>

Es una importante observación de Austin la de que los conceptos de mandato, deber y sanción están inseparablemente conectados: cada uno de estos términos comprende las mismas ideas que los otros *though each denotes those ideas in a peculiar order or series*.<sup>46</sup>

Cuando habla directamente de la expresión lingüística, usa la palabra "mandato"; habla de deber u obligación cuando se refiere directamente a la probabilidad de incurrir en el mal con que se amenaza al destinatario y emplea la palabra "sanción" para referirse directamente al mal con que se amenaza al destinatario. Cada una de estas palabras designa, desde una perspectiva específica, los elementos completamente relacionados que intervienen en la conceptualización del mandato.

Para Austin, el concepto del mandato está ligado esencialmente al

<sup>44</sup> "El mal en el que posiblemente se incurrirá en caso de que un mandato sea desobedecido o (por usar una expresión equivalente), en caso de que se viole un deber, es frecuentemente llamado una sanción o el compelimiento por la fuerza a la obediencia; o (variando la frase) el mandato o el deber se dice que está coaccionado por la posibilidad de que se aplique el mal". *Cfr., Ibidem*.

<sup>45</sup> "De lo que se ha dicho aparece, entonces, que las ideas o nociones comprendidas en el término "mandato" son las siguientes: 1. Un deseo o un deber concebido por un ser racional, de que otro ser racional haga u omita algo; 2. Un mal procedente del primero, en el que incurrirá el segundo, en caso de que éste no satisfaga el deseo; 3. Una expresión o notificación del deseo por palabras u otros signos". *Cfr., Id.*, p. 91.

<sup>46</sup> "Pues cada uno denota estas ideas en una serie u orden determinados" *Cfr., Ibidem*.

concepto del poder y éste constituye al de "superioridad". Dice Austin:

*The term superiority signifies might: the power of affecting others with an evil or pain, and of forcing them, through fear of an evil, to fashion their conduct to one's wishes". "In short, who ever can oblige another to comply with his wishes, is a superior of that other, so far as the ability reaches: the party who is obnoxious to the impending evil, being, to that same extent, the inferior."*<sup>47</sup>

En realidad, Austin no usa nunca la expresión "norma". En su lugar utiliza la palabra "mandato". Afirma que hay dos tipos de mandatos:

- a) los que son reglas o leyes
- b) los que son ocasionales o particulares.

En esta distinción está prefigurada la concepción dinámica de derecho desarrollada por Kelsen. Las reglas o leyes son mandatos generales; los otros son particulares. *Now where it obliges generally to acts or forbearances of a class, a command is a law or rule. But where it obliges to a specific act or forbearance, or to acts or forbearances which it determines specifically or individually, a command is occasional or particular.*<sup>48</sup>

Con estos elementos podemos entender la manera como Austin determina su concepto del derecho positivo. Estos son conjuntos de mandatos establecidos por un soberano a los miembros de una sociedad políticamente independiente.

Para entender adecuadamente esta definición es imprescindible tener presente lo siguiente: el proceder de Austin tiene carácter sistemático, lo que significa que sus opiniones, además de la construcción paulatina que hace de ellas a partir de conceptos previos, las mantiene con una continuidad o congruencia notables. Si el derecho positivo

<sup>47</sup> "El término *superioridad* significa *poder*: el poder de afectar a otros con males o penas y forzarlos, por miedo a ese mal, a conformar su conducta con los deseos propios"... En resumen, cualquiera que pueda obligar a otro a satisfacer sus deseos es *superior* en relación con él, hasta el límite en que su poder lo sea; la parte dañada por el mal es, en la misma medida, el *inferior*". Cfr., *Id.*, p. 97.

<sup>48</sup> "Cuando se obliga generalmente a actos u omisiones de una *clase* el mandato es una ley o una regla. Pero cuando obliga a una acción u omisión específicas, o a actos u omisiones que se determinan *específica* o *individualmente*; el mandato es ocasional o particular". Cfr., *Id.*, p. 92.

consiste en un conjunto de mandatos, entonces, si Austin ha de ser congruente, debe determinar su concepto en relación con el concepto de poder, aunque éste se encuentre cualificado en ciertos sentidos, debido a la sencilla razón de que en el concepto del mandato interviene esta noción importantísima. La cualificación del poder, tratándose del derecho positivo, es la siguiente:

a) el emisor de los mandatos constitutivos del derecho positivo es una persona soberana o conjunto de personas soberanas.

b) el destinatario del derecho positivo está constituido por los miembros de una sociedad políticamente independiente en la que el emisor del derecho positivo es el soberano.

Por lo tanto, el derecho positivo es el conjunto de mandatos generales o individuales creado por una persona soberana a los miembros de una sociedad políticamente independiente. Los conceptos por definir son "persona soberana" y "sociedad políticamente independiente". Dice Austin: *If a determinate human superior, not in the habit of obedience to a like superior, receive habitual obedience from a bulk of a given society, that determinate superior is sovereign in that society, and the society (including the superior) is a society political and independent.*<sup>49</sup>

Este concepto del derecho positivo determina la provincia o ámbito de estudio de la jurisprudencia o ciencia del derecho. Puede afirmarse que Austin ha construido una teoría pragmática del derecho, pues el concepto central del mandato se determina situacionalmente, contextualmente, y es inseparable de los actos de determinadas personas con ciertas cualidades empíricas, fundamentalmente la posesión de poder. El derecho positivo es caracterizado o definido con base en el concepto de poder, el cual designa una situación real.

## 6. Críticas de H. Kelsen y H. L. A. Hart a la teoría de la norma entendida como mandato

Kelsen crítica, en ocasiones injustificadamente, a Austin en su concepción de las normas, en general, y del derecho positivo, en particular. Su crítica se encuentra contenida en el ensayo "The Pure Theorie of Law and Analytical Jurisprudence".<sup>50</sup>

<sup>49</sup> "Si un determinado ser humano que tiene la característica de ser superior, no tiene el hábito de obediencia a otro superior, recibe de modo habitual obediencia de la mayoría de una sociedad dada, ese superior determinado es el soberano en esa sociedad, y la sociedad (incluyendo al superior) es una sociedad política e independiente". *Cfr., Id.*, p. 221.

<sup>50</sup> KELSEN, Hans, "The Pure Theorie of Law and Analytical Jurisprudence",

Comienza Kelsen por reconocer abiertamente que al igual que la jurisprudencia analítica, la teoría pura del derecho se limita al conocimiento del derecho positivo, excluyendo de dicho conocimiento tanto el contenido de lo que sería una filosofía de la justicia como de una sociología del derecho. Afirma que la teoría pura del derecho "ha desarrollado el método de la jurisprudencia analítica más firmemente que lo que lograron hacerlo Austin y sus continuadores".<sup>51</sup> Esto es rigurosamente cierto y no haremos aquí el esfuerzo por demostrarlo.

Dice Kelsen que el derecho no puede ser concebido como un mandato (como una orden en la traducción que se usa) pues éste es la "expresión de una voluntad de un individuo dirigida a la conducta de otro individuo".<sup>52</sup> Por ello, para la existencia de un mandato se requiere que se den dos elementos: un deseo dirigido hacia la conducta de otro sujeto y la expresión de este deseo, de una u otra forma. Si uno de estos dos elementos falta, no existe un mandato.

Sólo hay una orden en tanto que ambos elementos, la voluntad y su expresión, estén presentes. Si alguien me imparte una orden y antes de su ejecución tengo suficiente razón para presumir que ya no es esa su voluntad, deja entonces igualmente de ser una orden aunque subsista la expresión de su voluntad.<sup>53</sup>

Es necesario destacar que así concebido el mandato, la crítica de Kelsen es totalmente acertada, pues entiende a la voluntad como un fenómeno de carácter psíquico, incluso mentalista. Dice Kelsen: "Pero una orden de las llamadas 'obligatorias' se dice que persiste aun si la voluntad, el fenómeno psíquico se ha desvanecido."<sup>54</sup> Conforme esta concepción, si no puede afirmarse la existencia de un mandato a menos que se den en conjunción una voluntad psíquica y su expresión, es claro que aquélla puede desaparecer y ésta, la expresión, permanecer (porque haya sido hecha por escrito, por ejemplo). En este caso, ya no existe un mandato, pues uno de los términos de la con-

*Harvard Law Review*, noviembre de 1941, vol. LV, núm. 1. Utilizaremos la versión española de este ensayo de Kelsen hecha por Eduardo A. Coghlan, quien usa la palabra "orden" como traducción de la inglesa "command", que nosotros hemos traducido como mandato. *Vid., Infra*, nota 50.

<sup>51</sup> KELSEN, Hans, "La teoría pura del derecho y la jurisprudencia analítica", en *La idea del derecho natural*, trad. Eduardo A. Coghlan del ensayo aparecido en *Harvard Law Review*, 1946, vol. 65, núm. 1, noviembre de 1941, Cambridge Mass. Buenos Aires, edit. Losada, p. 229.

<sup>52</sup> *Ibidem*.

<sup>53</sup> *Ibidem*.

<sup>54</sup> *Cfr.. Id.*, p. 221.

junción ha desaparecido y, en consecuencia, el mandato también habrá desaparecido, pues éste es solamente la conjunción de la voluntad y su expresión. Es rigurosamente correcto decir que una norma es válida, i. e., obliga a un sujeto o conjunto de sujetos aun cuando el emisor o creador de la misma haya desaparecido y, por tanto, ya no pueda querer la conducta prescrita por la norma. Concluye Kelsen: "Por lo tanto, las reglas jurídicas, que de acuerdo con Austin constituyen el derecho, no son realmente órdenes. Ellas existen, es decir, ellas son válidas y obligan a los individuos, aun cuando la voluntad que las creó haya dejado de existir tiempo atrás."<sup>55</sup>

A pesar de la claridad de estos conceptos y sus supuestos es de observarse que Austin, en primer lugar, no fue lo suficientemente explícito en cuanto a lo que entiende por voluntad. En segundo término, Austin habla de un deseo (*desire, wish*) y no de una voluntad. ¿Cuál es la función de este deseo? Quiero preguntar: ¿es un deseo cualquiera o es un deseo específico, un deseo cualificado? Para contestar esta pregunta es necesario afirmar que, para Austin, el deseo es siempre un deseo cualificado, un deseo social diríamos para explicarlo. Dice que las ideas o nociones que se comprenden en el término "mandato" son un deseo (*desire, wish*) "concebido por un ser racional de que otro ser racional haga u omita hacer algo".<sup>56</sup> El deseo es social porque está dirigido a que otro sujeto se comporte de cierta manera, positiva o negativamente, i. e., que haga u omita hacer algo. Yo interpreto esto en el sentido de que el emisor no se encuentra en una actitud contemplativa. Por el contrario, su conducta tiende a provocar en el destinatario del mandato una conducta a la cual no se encuentra motivado y que no realizará espontáneamente. El emisor del mandato controla la conducta del destinatario por medio de producir la amenaza de infligirle un mal en caso de que éste no realice la conducta deseada. El emisor intenta producir una conducta en el otro sujeto. Conforme a la teoría del propio Kelsen, el sentido de la conducta del emisor del mandato solo puede ser descrita con el término "deber ser". Dice Kelsen en completa concordancia con Austin:

Cuando un hombre a través de una acción cualquiera, exterioriza su voluntad de que otro hombre actúe en determinada manera: cuando ordena, o permite o autoriza esa conducta, el sentido de su acción no puede ser descrito con el enunciado que afirma que el

<sup>55</sup> KELSEN, Hans, "Unrecht und Unrechtfolge im Völkerrecht", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, Band 12, 1932.

<sup>56</sup> *Cfr., op. cit. supra*, nota 36, p. 91.

otro así actuará, sino sólo con el enunciado de que el otro así debe actuar. Aquél que ordena o autoriza, quiere; aquél que recibe la orden, o al que se le da el permiso o la autorización, debe.<sup>57</sup>

Y más adelante continúa Kelsen repitiendo la tesis de Austin:

'Norma' es el sentido de un acto con el cual se ordena o permite y, en especial, se autoriza, un comportamiento. Debe tenerse en cuenta con ello que la norma, como el sentido específico de un acto intencionalmente dirigido hacia el comportamiento de otro, es algo distinto del acto de voluntad cuyo sentido constituye.<sup>58</sup>

Estas afirmaciones de Kelsen pueden ser dirigidas en contra de su propia crítica a Austin. Si éste está equivocado, también lo está Kelsen. Debe observarse que en Austin hay otro elemento adicional que Kelsen omite mencionar: el concepto de poder, de la situación en la que se encuentra el emisor del mandato de infligir un daño o un mal al destinatario. Este elemento ignorado por Kelsen es importante porque nos da el criterio para afirmar el carácter normativo del mandato. En resumen, creo que la crítica de Kelsen al concepto del mandato de Austin tiene un carácter restrictivo, en el sentido de que sólo toma en cuenta algunos de los elementos que en él se encuentran involucrados. Austin no restringe el concepto de mandato y su existencia como tal a la permanencia de la voluntad del emisor dirigida intencionalmente a la conducta del destinatario. Por el contrario, tiene textos en los que tal restricción es negada. Dice: "O, mejor leyes, o reglas propiamente así llamadas, son *especies* de mandatos".<sup>59</sup> El énfasis es del propio Austin. Más adelante dice: "Los mandatos son de dos especies. Unos son *leyes o reglas*".<sup>60</sup> La otra especie de mandatos es la de los individuales, especie a la que denomina "mandatos ocasionales o particulares". Las leyes o reglas son mandatos generales. "Ahora, donde se obliga *generalmente* a conductas u omisiones de una *clase*, el mandato es una ley o una regla."<sup>61</sup> Si el mandato es general es claro que el deseo del emisor no puede permanecer todo el lapso en el que permanece la expresión lingüística ni puede acompañar a cada acto que quede comprendido dentro de su materia o contenido. La voluntad del emisor de un mandato general no puede significar

<sup>57</sup> Cfr., *op. cit. supra*, nota 22, p. 18.

<sup>58</sup> Cfr., *Id.*, p. 19.

<sup>59</sup> Cfr., *op. cit. supra*, nota 37, p. 92.

<sup>60</sup> *Ibidem.*

<sup>61</sup> *Ibidem.*

que quiera toda conducta que quede comprendida dentro del mandato, pues el sentido de un mandato general consiste en la determinación de una *clase* de conducta, por el señalamiento de ciertas propiedades o cualidades, cuyos miembros son indeterminados y, en principio, infinitos.

Por lo tanto, el acto de voluntad de Kelsen y el deseo significativamente expresado de Austin indican solamente que el objeto de su referencia son las normas positivas. Este es el sentido de la invocación de Austin al concepto de poder, que no es mencionado por Kelsen.

Independientemente de lo anterior, hay una crítica adicional de Kelsen, contenida en su "Teoría general del derecho y del estado". Afirma que no todo mandato es una norma válida. Hay mandatos que no constituyen normas.

Un mandato es una norma únicamente cuando obliga al individuo a quien se dirige, o sea, cuando este debe hacer lo que el mandato reclama. Cuando un adulto ordena a un chiquillo hacer alguna cosa, no es este un caso de mandato obligatorio, por grande que sea la superioridad del poder del adulto o por imperativa que resulte la forma del mandato. Pero si el adulto es el padre o el maestro del niño, entonces el mandato obliga a éste. El que el mandato sea o no obligatorio depende de que el mandante esté o no "autorizado" para formular el mandato.<sup>62</sup>

Este es un grave y verdadero problema. Para Kelsen no todo mandato es obligatorio, no todo mandato constituye una norma. Es el problema que en "Derecho y lógica" trata bajo el epígrafe de "Ladrón y juez". Dice de Austin: "De este modo identifica los dos conceptos de "mandato" y "mandato obligatorio". Pero esto es incorrecto, pues no todo mandato expedido por un superior en poder es de naturaleza obligatoria. El de un bandido de que le entreguen un dinero, no es obligatorio, aun cuando el bandido se encuentre realmente en condiciones de imponer su voluntad".<sup>63</sup>

Esto es correcto. El problema sólo puede ser solucionado echando mano de otros conceptos diferentes, que constituyen el fundamento teórico de una concepción del orden jurídico, como conjunto organizado de normas. En realidad, caben dos soluciones:

a) considerar todo mandato como norma,

<sup>62</sup> Cfr., *op. cit. supra*, nota 20, p. 36.

<sup>63</sup> Cfr., *Id.*, p. 37.

b) distinguir entre mandatos que son normas válidas y aquéllos que no lo son.

Cada una de estas soluciones conduce a consecuencias distintas que no es pertinente analizar en este lugar. Aquí solo quiero dejar asentado que Kelsen en parte acepta las dos, con su distinción de un deber en sentido subjetivo y un deber en sentido objetivo, la cual muy probablemente tenga un origen weberiano. Esta distinción, en el fondo, sólo fue posible llevarla a cabo con base en el descubrimiento hecho por Adolf Merkl en su ensayo "La doble cara del derecho",<sup>64</sup> en donde introdujo el criterio dinámico de consideración del derecho. Este criterio consiste en considerar al derecho como un conjunto de normas que regulan su propia creación, de normas que otorgan facultades a ciertas personas para crear otras normas. Kelsen dice que su teoría reconoce que un estudio del derecho, además de considerarlo como un conjunto de normas coactivas, debe:

ser complementado por un estudio de su dinámica, es decir, sobre el proceso de su creación. Esta necesidad existe porque el derecho, a diferencia de todo otro sistema de normas, regula su propia creación. Un análisis del derecho positivo muestra que el procedimiento por el cual se crea una norma jurídica está regulado por otra norma jurídica. En rigor, frecuentemente, otras normas determinan no sólo el procedimiento de creación, sino también, en mayor o menor extensión, el contenido de la norma a crearse.<sup>65</sup>

La norma que tiene estas características es "superior" a la norma creada, a la cual se le califica, siguiendo la metáfora especial, como "norma inferior". Un mandato austriaco, dice Kelsen, sólo puede ser descrito, en su sentido inmanente, con la palabra "deber". El destinatario debe realizar cierta conducta, comportarse de determinada manera, aun en el caso de un ladrón que exige a su víctima la entrega del dinero que posea. Sin embargo, aunque éste constituye un mandato, no es considerado como una norma válida por el jurista, porque el ladrón no es la persona autorizada, diríamos con mejor terminología, "facultada" por otra norma superior para emitir tal mandato, como sería el caso si se tratara de un juez o de un funcionario fiscal. Si el sentido del acto del ladrón es un deber, entonces es un deber en

<sup>64</sup> Cfr., MERKL, Adolf, *Das doppelte Rechtsanlitz*, Viena, Juristische Blätter, 47, Jahrgang, 1918.

<sup>65</sup> Cfr., *op. cit. supra*, nota 51, p. 228.

sentido subjetivo. En el caso del juez o del funcionario fiscal, estamos ante un deber objetivo, i. e., ante una norma válida.

Lo anterior significa que, en la concepción de Kelsen, además de los mandatos respaldados o garantizados por sanciones o, como podríamos decir garantizados coactivamente, hay otro tipo de normas que no pueden ser reducidas a aquéllas, sino que tienen contenidos propios, distintos de los constitutivos de la obligación, del incumplimiento de la obligación y de la sanción. Estas otras normas son aquellas que establecen el proceso de creación de otras normas del mismo tipo o de mandatos coactivos y determinan, en alguna extensión, el contenido de las normas creadas. Estas normas superiores no pueden ser identificadas con los mandatos coactivos ni su concepto puede ser reducido a los conceptos utilizados para explicar a estos mandatos coactivos. El concepto que se utiliza para referirse a estas normas es el concepto de la "facultad", concepto que puede ir unido, sin tautología o contradicción, a los conceptos de ilicitud, obligación y sanción, o incluso, puede determinarse con independencia de estos conceptos. El órgano legislativo de un determinado país, ya sea un solo hombre o un cuerpo colegiado, está facultado para legislar en ciertas materias. La función que realiza al dictar una ley no se explica con los conceptos de la obligación, la ilicitud y la sanción, pues no puede decirse que el órgano legislativo se encuentre obligado jurídicamente a dictar esa ley. Simplemente, no hay órgano o norma alguno que pueda jurídicamente sancionar al órgano legislativo en el caso de la no emisión de la mencionada ley. Sin embargo, la función jurídica llevada a cabo amerita su caracterización y determinación, lo que puede hacerse con el concepto de la facultad. El órgano legislativo está facultado para dictar leyes y esto significa que hay una norma que regula el procedimiento de creación o emisión de la ley respectiva, procedimiento que llevará a cabo precisamente el órgano legislativo.

En resumen, Kelsen ha incorporado a su doctrina lo que denomina la "dinámica jurídica", o la consideración dinámica del derecho. Indica, en consecuencia, que Austin carece de este tipo de consideración, o de un análisis de estas normas, que no son mandatos coactivos.

La jurisprudencia analítica, como la presenta Austin, considera al derecho como un sistema de reglas completas y listas para ser aplicadas, sin tener en cuenta el proceso de su creación. Es una teoría estática del derecho. La teoría pura del derecho reconoce que un estudio de la estática del derecho debe ser complementado

por un estudio de su dinámica, es decir, sobre el proceso de su creación.<sup>66</sup>

No creo que Kelsen esté totalmente en lo justo al hacer esta afirmación, pues basta la lectura del índice de la gran obra de Austin para percatarse que dedica doce capítulos a estudiar precisamente estos problemas. Estos doce capítulos son los que integran la sección del libro que lleva por título *El derecho en relación con sus fuentes*, capítulos que se corresponden con las *lectures* números XXVIII a las XXXIX. Ciertamente que no utiliza la misma terminología de Kelsen, pero la problemática es la misma.

Hay que reconocer, sin embargo, que el concepto de mandato entendido en toda su amplia extensión puede llegar a dar cuenta y razón teórica de estos problemas importantísimos para la ciencia del derecho. La consideración dinámica del derecho quedaría comprendida en el concepto del "autor del mandato", de la "fuente" del mandato. Sólo es necesario considerar que esta fuente se encuentra contenida como materia de regulación en otra norma, o mejor, en la parte de un mandato más general. Todo esto no es materia de este trabajo, sino de modo indirecto, como se verá más adelante.

H. L. A. Hart se encuentra ubicado dentro de la corriente de la jurisprudencia analítica inglesa de Bentham y Austin. En su obra hace diversas críticas a Austin, las cuales coinciden con las hechas por Kelsen, pero presentadas con otra terminología. En realidad, puede afirmarse que no son, en ningún sentido, originales.

Aun en una sociedad grande y compleja —dice— como la de un Estado moderno, hay ocasiones en las que un funcionario, cara a cara con un individuo, le ordena hacer algo. Un policía ordena a un conductor determinado a detenerse, o moverse a un determinado mendigo. Pero estas situaciones simples no son, y no podrían ser, la forma típica en que funciona el derecho, aunque más no sea por la razón de que ninguna sociedad podrá mantener el número necesario de órganos para asegurar que cada uno de sus miembros sea informado, en forma oficial y separada, de cada uno de los actos que debe realizar.<sup>67</sup>

En lugar de esto, afirma, el control jurídico en forma primaria es

<sup>66</sup> Cfr., *Id.*, pp. 227-228.

<sup>67</sup> HART, H. L. A., *El concepto de derecho* (trad. Genaro Carrió), Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1968, pp. 26-27.

un control mediante directivas generales. "Esta es la primera característica que tenemos que añadir al modelo simple del asaltante, para que reproduzca las características del derecho."<sup>68</sup>

A esta crítica puede responderse que Austin no desconoce tales normas o directrices generales, como ya tuvimos oportunidad de mostrarlo en dos ocasiones. Sin embargo, Hart contesta que "...esto es engañoso en cuanto sugiere un paralelo con la situación cara a cara que realmente no existe, y que no está en la intención de quienes se expresan de este modo".<sup>69</sup>

Podemos hacer una observación favorable a Austin. Si recordamos sus diversas afirmaciones, la objeción de Hart no lo toca. Habrá que reconocer que el modelo del mandato emitido por el asaltante "respaldado por amenazas", como dice Hart, no es suficiente ni completo para explicar al derecho. Es el núcleo de un modelo, el primer esquema que debe ser completado con otros elementos. Esto, hay que afirmarlo, lo hace Austin en su capítulo VI y otros más.

La permanencia de las normas del derecho es otra característica que Hart opone a Austin, aunque en realidad la toma de él. No nos detendremos en esta objeción de poca monta.

La objeción central de Hart es idéntica a la de Kelsen. Dice Hart:

Es patente que no todas las normas ordenan hacer o no hacer algo. ¿No es engañoso clasificar así normas que confieren a los particulares la potestad de otorgar testamentos, celebrar contratos y contraer matrimonio, y normas que confieren facultades a los funcionarios, por ejemplo, la de decidir litigios a un juez, la de dictar reglamentos a un ministro, la de aprobar ordenanzas a un consejo departamental?<sup>70</sup>

La observación de Kelsen en relación con la presunta tesis de Austin fue formulada en 1942 y esta de Hart en 1961. Ambas tienen el mismo contenido y ya hemos hecho algunas observaciones al respecto por lo que no serán repetidas.

## 7. *Fundamentos esquemáticos de una teoría de la conducta*

En la lingüística y en la lógica se ha considerado pertinente estructurar la investigación de manera tal que a la pragmática la preceda

<sup>68</sup> *Cfr.*, *Id.*, p. 27.

<sup>69</sup> *Cfr.*, *Id.*, p. 28.

<sup>70</sup> *Cfr.*, *Id.*, p. 33.

una semántica y una sintaxis. El proceso de pensamiento subyacente es parecido al siguiente. Se intenta proceder de manera racional. Este proceder consiste, entre otras cosas, en partir de lo más sencillo para continuar posteriormente hacia lo más complejo. En consecuencia, los estadios de la investigación son, en este orden, la sintaxis, la semántica y la pragmática. La primera tiene por objeto establecer las leyes que constituyen a un lenguaje, en un nivel puramente simbólico. Su objeto está constituido por signos y relaciones entre signos. Este es un objeto ordenado internamente, i. e., un proceder con arreglo a principios. Sólo ciertas combinaciones de palabra son lícitas y cierto tipo de reunión de fonemas forman una palabra. En fin, el objeto de la sintaxis lo constituyen los signos y las combinaciones lícitas entre signos. De esta disciplina relativamente simple se debe pasar a la disciplina de la semántica, cuyo objeto de estudio es la determinación de las relaciones entre las palabras y las cosas, objetos, relaciones, etcétera, a las que se refieren. Los problemas del significado y la referencia tienen aquí su lugar sistemático, así como la teoría de los modelos. La pragmática es el último paso en esta cadena de disciplinas científicas. Construida una semántica, la que a su vez supone una sintaxis, es entonces posible pasar al estudio de las relaciones que se dan entre un lenguaje semánticamente interpretado y los usuarios del mismo. El acto lingüístico constituye su objeto de estudio.

Sin embargo, aunque esta haya sido la ruta de la investigación ha llevado a cabo hasta el presente, concomitantemente, la psicología progresaba independientemente y surgió la escuela denominada conductista, que nada tenía que ver en un principio con estas investigaciones lingüísticas. Ha sido una gran ventaja haber tenido el producto de sus reflexiones sobre el lenguaje, del creador de la teoría de la conducta operante: B. F. Skinner.

Considero que algunas investigaciones de carácter filosófico se verían grandemente beneficiadas en el caso de que pudieran ser contempladas como el producto del hacer humano, de la conducta humana, i. e., no sólo como un producto cultural regido por leyes propias autónomas, que los constituyen en su especificidad como una disciplina cultural, sino como el resultado concreto de una actividad determinada, regida por leyes y principios que no son los del producto cultural correlativo a ellas. La ciencia es el producto de la actividad de los científicos y de ella puede predicarse que es lógica. La acción del hombre de ciencia no necesita ser lógica y muy probablemente no lo sea, aunque su producto sí lo sea y en grado sumo. Las leyes lógicas

que rigen la ordenación de los enunciados en una teoría axiomática no son las leyes que rigen la conducta del sujeto creador de ese sistema axiomático. La actividad de hacer lógica probablemente esté condicionada por factores que nada tienen de lógicos. Una conducta experimental puede tener motivaciones religiosas y muchas afirmaciones religiosas tienen su base en observaciones rigurosamente empíricas. Un enunciado indicativo puede emitirse en cumplimiento de un deber y es claro que pueden describirse, sin implicar valoración alguna, actos de mandato fundantes de un deber. La estructura interna de los enunciados en una teoría de ninguna manera se corresponde con la secuencia temporal de los actos y de sus sentidos correspondientes, que están en su base. Y, a pesar de esto, acontece que muchos de estos problemas pragmáticos quieren resolverse como si sólo fueran de carácter semántico. Quizá pueda acontecer que el problema deba resolverse pragmáticamente primero, y sólo posteriormente de modo semántico. Ya volveremos sobre esto. Ahora, lo que primeramente intentaremos es la exposición breve de los conceptos centrales de una teoría de la conducta.

Sea:

$O$  — un organismo cualquiera, humano o no.

$O_i$  — un organismo, humano o no, de un conjunto de organismos,  $i = 1, 2, 3, \dots, n$  de carácter finito.

—  $a, b, c, \dots$  — movimientos que lleva a cabo un organismo. Cada letra señala o designa ciertos movimientos específicos del cuerpo  $O_i$ , descritos como tales. Ej.:  $O_1(a)$  significará que el organismo designado por  $O_1$  realizó el movimiento corporal designado por  $(a)$ , que puede ser la extensión de un brazo, doblar una rodilla, parpadear, cerrar un puño, etcétera. Estos movimientos consisten, en realidad, en la descripción del cambio que un cuerpo sufre en el tiempo, como el cambio en la posición de ciertas partes del cuerpo, describiendo ciertas curvas espaciales, que pueden ser objeto de descripción geométrica. Tales movimientos puramente físicos pueden observarse en una película o en una sucesión de fotografías. No se excluye que  $a, b, c, \dots$  denoten un conjunto de tales movimientos corporales.

—  $C$  — el resultado o la consecuencia de una conducta  $a, b, c, \dots$  etcétera. A un conjunto de resultados se le puede representar por  $C_i$ , con  $i = 1, 2, 3, \dots, n$ , ¿Qué elementos quedan incluidos en  $C$ ? Todos aquellos que puedan ser descritos y que no sean  $a, b, c, \dots$  etcétera. Por ejemplo, pertenecen a  $C$  cosas, transformaciones, acontecimientos de

toda índole, tanto materiales como no materiales. Presentemos por vía de ilustración un ejemplo:

$O_1$  sale a dar un paseo.  $O_1(a)$  consiste, entonces, en el conjunto de movimientos (a) que con su cuerpo hace  $O_1$  cuando camina tal como podría verse en una película. Si la película es muda, lo que aparece en ella consiste tan sólo en (a), i. e. en una representación espacio-temporal, topográfica, de (a). Con esta serie de movimientos (a) de  $O_1$ , el cuerpo biológico  $O_1$  se ha desplazado en el espacio, ha cambiado de posición. Este cambio, aunque causado por (a), es un elemento que podemos y debemos considerar como perteneciente a  $C_i$ .

Si observamos detalladamente las descripciones que hacemos de las conductas, podremos notar que generalmente se hacen señalando los resultados  $C_i$  de (a) y nunca o casi nunca consisten en la descripción topográfica de (a). La razón de ello es que con una e idéntica (a) pueden producirse muy diversas consecuencias C, dependiendo del contexto o del ambiente o de los antecedentes o hechos contemporáneos de (a). Es más, puede afirmarse que nuestro lenguaje carece de términos específicos descriptivos o denotativos directamente de movimientos corporales. Intente el lector describir los movimientos que hacen sus dedos y su mano al escribir su propio nombre y se percatará inmediatamente de que lo que diga carecerá de sentido o será incomprensible, si es que en realidad usó un lenguaje descriptivo de movimientos. En cambio, sin usar un solo término topográfico o espacial de los movimientos, si dice "Estoy escribiendo mi nombre" todo el mundo lo entenderá. "Escribir su propio nombre" es una propiedad cuya ejemplificación constituirá un elemento del conjunto designado por C. En este ejemplo, se ha correlacionado una (a) con una C, que es la consecuencia o resultado de una a que no ha sido descrita topográficamente.

Es importante señalar que el resultado de  $O_1(a)$  puede ser descrito de muchas maneras, dependiendo de quien sea el que lleve a cabo la descripción. Además, la descripción del resultado de una conducta se considera como la descripción de la conducta. En este desplazamiento no incurriremos nosotros en este trabajo. Véase el siguiente cuadro:

$$(I) \ 0_1(a) \left\{ \begin{array}{l} \text{puede ser descrita como } C_0 \text{ por } 0_0 \\ \text{ " " " " } C_2 \text{ " } 0_2 \\ \text{ " " " " } C_3 \text{ " } 0_3 \\ \text{ " " " " } C_n \text{ " } 0_n \end{array} \right.$$

En (I) tenemos que  $0_1(a)$ , i. e., los movimientos corporales a de  $0_1$ , como conducta, puede ser descrita de diversas maneras por distintos sujetos  $0_0, 0_2, 0_3, \dots 0_n$ . La descripción de  $0_1(a)$  no es hecha topográficamente, sino por elementos específicos  $C_0, C_2, C_3, \dots C_n$ , del conjunto designado por C. Consecuentemente, C es sólo un término indeterminado para referirse al conjunto posible de características  $C_i$  hechas por diferentes sujetos  $0_1, 0_2, \dots 0_n$ . Todo lo anterior puede ser aclarado con un ejemplo tomado del libro de Erik D'Arcy *Human Acts*.<sup>71</sup> Este autor relata un caso imaginario presentado por JJC Smart: gente cuya piel es de color blanco considera que un negro ha cometido un crimen. Como el criminal no ha sido individualmente identificado, los blancos proponen linchar a cinco negros escogidos al azar. Teniendo conocimiento de lo anterior, el sheriff local encuentra como única alternativa posible arrestar a algún negro, construir un "caso" contra él, como chivo expiatorio, reunir un jurado que lo encuentre culpable y sea sentenciado a muerte, sentencia que el propio sheriff ejecuta con su pistola. No nos importan por ahora las consideraciones de Smart sobre la "moralidad" de la conducta del sheriff juzgada con criterios utilitaristas. Nos interesa más bien, identificar la conducta que se va a juzgar. D'Arcy presenta doce descripciones distintas del acto que llevó a cabo el sheriff. Son las siguientes:

- 1) Puso en tensión su dedo índice
- 2) Presionó una pieza de metal
- 3) Soltó un resorte
- 4) Jaló el gatillo de una pistola
- 5) Disparó una pistola
- 6) Disparó una bala
- 7) Lanzó una bala a un hombre
- 8) Lanzó una bala hacia un hombre
- 9) Disparó a un hombre

<sup>71</sup> Vid., D'ARCY, Eric, *Human Acts*, Oxford University Press, 1963.

- 10) Mató a un hombre
- 11) Cometió un asesinato judicial
- 12) Salvó cuatro vidas

No es difícil imaginar otras descripciones:

- 13) Perforó la piel de un hombre
- 14) Aceleró una pieza de metal
- 15) Produjo una hemorragia a un hombre
- 16) Produjo una explosión
- 17) Produjo un gran ruido
- 18) Indignó a personas decentes
- 19) Despertó al abuelo
- 20) Cumplió con un deber moral

El número de descripciones puede ampliarse considerablemente. Cada una de ellas pudo haber sido hecho por un  $0_i$ .

No es pertinente en este momento señalar o explicitar los supuestos de cada descripción, ni de atacar el problema de si unas son más fundamentales que otras y de qué relaciones se dan entre ellas. Ciertamente, cada descripción nos enseña algo de  $0_i$ , pues como flecha señala a lo que podríamos determinar como sus intereses y, por tanto, como sus reforzadores.

De las veinte descripciones sólo la hecha por  $0_1$  se parece en algo a una descripción de (a). Se dice: "Puso en tensión su dedo índice". Es casi una descripción topográfica, aunque muy imprecisa, pues describe más bien el resultado de ciertos movimientos. Todas las demás descripciones no son topográficas en absoluto, sino son determinaciones de posibles aspectos o consecuencias que forman el conjunto de designado por C. Tal multiplicidad posible de determinaciones de C, lo hacen inutilizable como término descriptivo, pues está indefinido. C es, en realidad, una incógnita para los diversos  $0_i$  que determinarán a  $0_1(a)$  como  $C_i$ . C es un término conjunto para designar a todas las posibles  $C_i$  por parte de  $0_i$ .

Lo anterior es la base para establecer el esquema de la conducta, de una acción o, mejor dicho, de la contingencia de reforzamiento. En las líneas anteriores hemos visto que los actos o conductas se determinan fundamentalmente por las características de sus consecuencias. A. Charles Catania dice:

La segunda dificultad es que las respuestas son ocasionalmente descritas de modo adecuado en términos de movimientos, pero en otras ocasiones la descripción tiene que incluir al ambiente en el que ocurre la respuesta. Por ejemplo, supóngase que quiero comparar el acto de un niño de coger un objeto con el de cerrar la mano y formar el puño. En términos de los músculos involucrados, coger un objeto con la mano derecha y formar un puño con la mano derecha tienen más en común que coger un objeto con la mano derecha y coger un objeto con la mano izquierda. Sin embargo, puede en ocasiones ser más importante hablar del acto de coger un objeto, sin importar qu; mano usa el niño, que hablar del movimiento de cerrar una mano en particular. Para dar cuenta de una conducta debe distinguirse entre los movimientos, o sea, las conductas definidas por la forma como la musculatura es usada, y las acciones o respuestas definidas por su relación con el ambiente.<sup>72</sup>

Con los elementos que hemos manejado formemos ahora el siguiente esquema:

$$(II) \quad S^D \cdot 0_1(a) \longrightarrow C_1^P$$

¿Qué significa esta fórmula? Obsérvese el siguiente párrafo de Skinner en el que queda explicitado  $S^D$ .

...el operante debe operar sobre la naturaleza para producir su reforzamiento. Aunque la respuesta puede ocurrir en un número muy grande de situaciones estimulativas, será efectiva en producir un reforzamiento sólo en una pequeña porción de esas situaciones. La situación favorable es usualmente señalada de determinada manera y el organismo... resulta que responde siempre que esté presente un estímulo que ha estado presente en las ocasiones en que ha sido reforzado previamente y no responde en cualquier otro caso. El estímulo previo no elicit la respuesta; simplemente es la ocasión en la que la respuesta será reforzada. Por lo tanto, tres términos deben considerarse: un estímulo previo discriminativo ( $S^D$ ), la respuesta ( $0_1(a)$ ) y el estímulo reforzante ( $C_1^P$ )\*. Esta relación puede expresarse como sigue: sólo en presencia de  $S^D$ ,  $0_1(a)$  es seguida por  $C_1^P$ . Un ejemplo conveniente es la conducta elemental con partes específicas del ambiente estimulatorio. Un cierto movimiento de mi brazo  $0_1(a)$  es reforzado por estimulación táctil

<sup>72</sup> CATANIA, A. Charles, *Learning*, Englewood Cliffs, New Jersey, Prentice-Hall Inc., 1979, p. 23.

de un lápiz sobre mi escritorio ( $C_1^P$ ). El movimiento no es siempre reforzado porque el lápiz no siempre está ahí. En virtud de la estimulación visual del lápiz ( $S^D$ ) hago el movimiento requerido sólo cuando será reforzado. La parte que juega el estímulo visual es mostrada en el caso de que el cuarto esté a oscuras. En una ocasión yo estiro el brazo y toco el lápiz, en otra estiro el brazo y no lo toco. . . En ninguna de los casos el lápiz elicit la respuesta (como un shock produce la flexión), pero en la luz él es la ocasión en la cual la respuesta es reforzada.<sup>73</sup>

"—>" es el símbolo del condicional lógico y "." el de la conjunción. En la simbología de Luckaciewicz la fórmula sería:

(II)'             $CKS^D O_1(a)S_1^P$

Con esto queda señalado cual es el sentido de (II). Sin embargo, es conveniente señalar lo que es un estímulo reforzante.

Seleccionamos una conducta relativamente simple, que pueda ser repetida libre y rápidamente, y susceptible de ser observada y registrada con facilidad. Si el sujeto del experimento es una paloma, por ejemplo, la conducta de levantar la cabeza por encima de una altura dada es adecuada. Podemos observarla mirando la cabeza de la paloma sobre una escala colocada en la pared opuesta de la caja. Primero estudiamos la altura a la que se mantiene normalmente la cabeza y fijamos en la escala un punto que se alcanza sólo raramente; al tiempo que observamos la escala empezamos a abrir el depósito de la comida muy rápidamente cada vez que la cabeza se levanta por encima de la línea. Si el experimento se efectúa de acuerdo con las especificaciones el resultado es invariable: observamos un cambio inmediato en la frecuencia con que la cabeza sube por encima de la línea; también observamos, y esto tiene en teoría cierta importancia, que ahora se sobrepasan líneas más altas. Podemos pasar casi inmediatamente a una línea más alta determinando cuando debe ser mostrada la comida. En uno o dos minutos la postura del ave ha cambiado de tal forma que la posición de la cabeza raramente está por debajo de la línea que elegimos al principio.<sup>74</sup>

<sup>73</sup> SKINNER, B. F., *The Behavior of Organisms*, Appleton-Century Crofts, 1983, p. 178.

<sup>74</sup> SKINNER, B. F., *Ciencia y conducta humana* (trad. Ma. Josefa Gallofré), Barcelona, Editorial Fontanella, 1969, p. 85.

En este ejemplo asistimos a la construcción de una conducta específica: la posición de la cabeza del ave por encima de una cierta altura determinada. Esta conducta ha sido producida por virtud de que a ella ha seguido la obtención de unos granos de comida. La obtención de ellos ha producido que la conducta previamente escogida para ser producida, haya incrementado su frecuencia. La tasa de respuesta, el número de respuestas por unidad de tiempo, es la variable dependiente.

Con el uso de la tasa de respuesta como variable dependiente ha sido posible formular de manera más adecuada la interacción entre un organismo y su medio. Los tipos de consecuencias que incrementan la tasa ("reforzadores") son positivos o negativos; esto depende de si refuerzan cuando aparecen o cuando desaparecen".<sup>75</sup>

En lo anterior hay algo que debe ser observado. Conforme a las primeras observaciones, las conductas eran descritas por sus consecuencias, fundamentalmente de modo no topográfico. Este tipo de proceder se funda en ciertos conceptos que sólo tienen un carácter descriptivo, que sólo pueden ser usados descriptivamente. No constituyen conceptos o leyes teóricas y explicativas, sino son el inicio de un marco conceptual descriptivo.<sup>76</sup> En este marco presentamos la conducta  $O_1(a)$  y  $C_1$  tal como son descritas por un sujeto  $O_1$ . Simplemente se trata de conceptos que distinguen la conducta y sus consecuencias o resultados. La presentación de los hechos es sumamente incompleta y esquemática.

En contraposición, la tesis de Skinner constituye una teoría explicativa. Ya no se trata solamente de una conceptualización de ciertos elementos de la acción. En lugar de

$$O_1(a) \longrightarrow C_1$$

ahora tenemos

$$S^D.O_1(a) \longrightarrow C_1^P$$

lo que constituye un cambio muy significativo, pues ya intervienen variables tanto dependientes como independientes y una relación funcional entre ambas.

<sup>75</sup> Cfr., *Id.*, p. 20.

<sup>76</sup> *Vid.*, HOMANS, G. C., *Social Behavior: Its Elementary Forms*, New York, Harcourt Brace Jovanovich, 1974. *Vid.* LASWELL, H. O. y KAPLAN, A., *Power and Society*, Yale University Press, 1950.

Esto constituye una explicación.  $C_1^P$  es el símbolo de un reforzador positivo, el que evidentemente es un resultado de la acción  $0_1(a)$ , el cual tiene una relación funcional con la clase de respuestas cuya probabilidad de ocurrencia se incrementa, cuando se encuentra en una relación apropiada con la conducta. Por ello Skinner dice:

Una formulación adecuada de la interacción entre un organismo y su medio debe siempre especificar tres cosas: 1) la ocasión en la que ocurre la respuesta; 2) la respuesta y 3) las consecuencias reforzantes. Las interrelaciones que se establecen entre estas tres cosas son las "contingencias" de reforzamiento.<sup>77</sup>

Toda conducta, ya lo hemos visto, tiene consecuencias en el ambiente, las cuales pueden ser múltiples, simultánea o sucesivamente. A esta serie de consecuencias simbolizémoslas con  $C_1, C_2, C_3 \dots C_j$ . Para no complicar la simbología, diremos que cada una de las  $C_j$  es una consecuencia descrita desde cierto punto de vista o por cierto sujeto. Un acontecimiento puede ser descrito de muchas y muy diferentes maneras, dependiendo de lo que podríamos denominar los "intereses" de los sujetos que hacen las descripciones. Cada "interés" destacará un aspecto o cualidad de una consecuencia de la conducta. En este caso, no habría generación de una consecuencia por otra diversa. Serían diversos aspectos o cualidades de una consecuencia. Pero puede darse el caso de que una consecuencia  $C_1$  genere otra consecuencia  $C_2$ , causalmente o de cualquier otra manera.<sup>78</sup> Ya se trate de diversos aspectos de una consecuencia o de varias consecuencias, unas generadas por otras, nosotros simbolizaremos ambos casos como si fueran consecuencias diversas y escribiremos  $C_1, C_2, C_3 \dots C_m$ .

Ahora bien, de entre todas las consecuencias, hay una que constituye el reforzador del sujeto  $0^1$ . A esa consecuencia la simbolizamos por  $C_1^P$ .

Con base en lo anterior, nuestra fórmula (II) podría quedar escrita de la siguiente manera:

$$(II) \quad S^D.0_1(a) \longrightarrow C_1, C_2, C_3, \dots C_m, C_1^P.$$

#### 8. El mandato entendido conductistamente

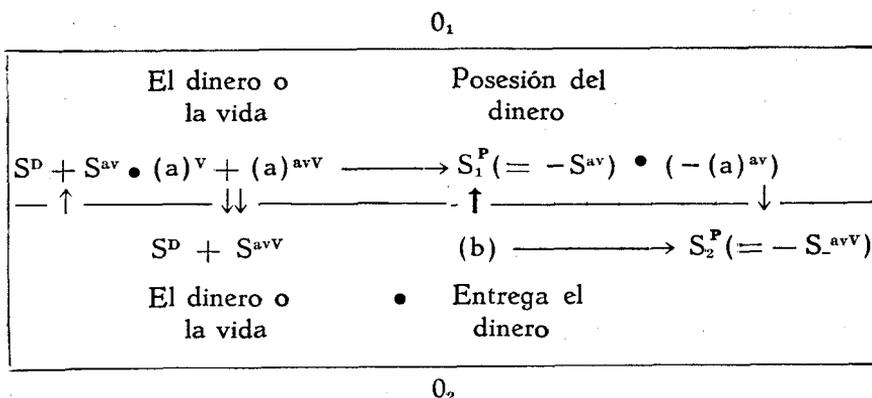
Dados los antecedentes conceptuales del conductismo, tal como los

<sup>77</sup> Vid. SKINNER, B. F., *Contingencias de reforzamiento*. (trad. Edgar Galindo Cota), México, Editorial Trillas, 1979, p. 20.

<sup>78</sup> Vid., *op. cit. supra*, nota 71, pp. 20 y ss.

hemos presentado con base en la doctrina de Skinner, queremos ahora desarrollar, el concepto de mandato con base en ellos. Skinner lo presenta en su libro *Conducta Verbal* bajo el concepto "mando". Veamos un caso típico de un mandato:

Figura I



En esta figura se encuentra presentada la relación social de la dominación. El dominante es  $0_1$  y el dominado (el destinatario o el que obedece) es  $0_2$ . Igualmente aparecen las motivaciones de cada uno de los sujetos y puede verse el desarrollo de la acción social recíproca, como ya se indicó anteriormente. Es notable que el inicio de la relación social de la dominación está constituida por estímulos aversivos, tanto para  $0_1$  como para  $0_2$ . Podemos suponer que  $0_1$  se encuentra en una situación aversiva cualquiera, producida por diversas causas que variarán de caso en caso: necesita el dinero para curarse de una enfermedad que lo agobia, pagar una deuda, comprar licor, etcétera. La posesión del dinero es reforzante negativamente. El dinero es un reforzador condicionado que generalmente conduce a un reforzador primario: ingestión de alcohol, etcétera. Nótese que el satisfactor  $S_1^P$  de  $0_1$  no está representado en el paradigma. La posesión del dinero es simplemente una consecuencia previa, conducente a  $S_1^P$ .

Es perfectamente comprensible que muchos autores no deseen hacer objeto de su estudio el paradigma más o menos completo del mandato, como aparece representado en la figura I, sino que su interés se dirija exclusivamente a parte de él, a secciones que sólo comprendan a algunos de los elementos representados. Esta es una restricción perfecta-

mente lícita desde el punto de vista científico y generalmente muy fructífera.

En nuestra simbología este paradigma tiene la siguiente forma:

$$S^{av} + S^D \bullet 0_1(a) \rightarrow C_1^{V+avV} (= S^{DV} + S^{avV}) \bullet \\ 0_2(b) \rightarrow C_2^D (= C_1^D = S_1^P) \bullet 0_1(c) \rightarrow C_3 (= - (a)^{av}) = S_2^P$$

lo cual se explica por sí mismo, con sólo comparar con cierto cuidado esta fórmula con el paradigma del "mando" de la figura I. Debe aclararse lo siguiente:

"av" está por aversivo

"V" está por verbal

"—" está por una negación o retiro de lo que le sigue.

Creo que el lector no encontrará dificultad alguna en comprender esta simbología, que en realidad constituye solamente una representación esquemática de los elementos que aparecen en el paradigma del mandato o 'mando' skinneriano, tal como aparece en su obra *Conducta verbal*.<sup>79</sup>

### 9. Complementación semántica de elementos pragmáticos

A partir de nuestro modelo del mandato debemos construir el concepto del deber ser (*sollen*) e intentar demostrar que las funciones que Kelsen le atribuye se dejan derivar simplemente de nuestro modelo y no son sino ciertos y determinados énfasis puestos en diversos elementos del modelo del mandato.

Tenemos, en primer lugar, dos sujetos:  $0_1$  y  $0_2$ , el emisor del mandato y el destinatario del mandato, respectivamente.

Como no estamos en la necesidad de utilizar la totalidad del modelo del mandato para comprender el *sollen* y sus diversas funciones, sólo nos preocuparemos de resaltar los elementos que sean pertinentes para nuestros fines. En el caso concreto, sólo tendremos que ocuparnos de  $0_1$  y su conducta verbal.

La norma o el mandato es una expresión lingüística emitida por  $0_1$  = el dinero o la vida. Debe observarse que en el modelo, así como en la teoría de Austin, existe una situación concreta que justifica o

<sup>79</sup> SKINNER, B. F., *Conducta verbal* (trad. Edgar Galindo Cota), México, Editorial Trillas, 1981.

explica la emisión del mandato o de la orden. Nosotros, con Skinner, hablamos de los estímulos aversivos y discriminativos que constituyen la ocasión de la emisión del mandato. En lugar de partir del mandato tal como aparece en el modelo o paradigma, consideremos por conveniencia un mandato más simple y elemental:

m0            "El dinero".

En nuestra simbología esto estaría representado de la siguiente manera

B)         $S^{av} + S^D \bullet O_1(a) \rightarrow C_1^v$  (el dinero) + av (amenaza)

En B) hemos representado sólo una parte de la interacción social en que consiste el mando skinneriano: específicamente, sólo el primer acto de  $O_1$ , el acto de emisión del mandato. Debe tenerse presente que sólo existe un acto lingüístico: la emisión de las palabras "el dinero", a las que hemos designado con m0. Es el caso de mandato más simple y elemental en donde el acto verbal de la emisión del mandato está reducido al mínimo. Es claro que podemos concebir la emisión del mismo mandato sin necesidad de consignar en el modelo la emisión de ninguna palabra. Entonces, tendríamos ciertos movimientos u otros signos, distintos de las palabras, que llevarían a cabo la función que estamos asignando a éstas. Tendríamos que suponer un gesto que indicara a  $O_2$  el dinero que  $O_1$  le exige.

m0 está constituido por dos palabras: un artículo y un término general. m0 en realidad lo debemos representar así: V(el dinero), puesto que estamos considerándolo como una consecuencia o producto verbal de una cierta acción (a) de  $O_1$ . m0 es el mandato emitido por  $O_1$ . Constituye m0 un mandato y no la emisión de una sentencia abreviada que nombra un objeto tan sólo por el hecho de que lo encontramos en un contexto determinado, enclavado en un conjunto de elementos de manera que a m0 puede aplicársele el calificativo de ser un mandato.  $O_1$  se encuentra en situación aversiva frente a otro sujeto  $O_2$  el cual puede realizar una conducta que sea un reforzador, aunque condicionado, para  $O_1$ : la entrega del dinero. Además,  $O_1$  tiene una pistola en la mano y con ella amenaza a  $O_2$ . La situación es muy claramente comprensible para que haya necesidad de seguir explicándola.

En la terminología de Alchurrón y Bulygin<sup>80</sup> tendríamos que escribir

<sup>80</sup> Vid., op. cit. supra, nota 36.

!V.(el dinero) para señalar que se trata de un mandato o un imperativo. Ahora lo que queremos hacer es mostrar un procedimiento de complementación de  $m_0$ , complementación que para nosotros reviste una importancia extraordinaria. Esta complementación de  $m_0$  es una de carácter semántico, por medio de la introducción en el mandato de palabras que funcionen como lo hacen los diversos elementos de la situación pragmática consignada en el mando. Véase esta secuencia:

- $m_0$  V(el dinero);
- $m_1$  V(el dinero o la vida);
- $m_2$  V(dame el dinero; si no lo entregas, te quito la vida);
- $m_3$  V( $O_2$  entrega el dinero; si no lo entregas, te quito la vida);
- $m_4$  V( $O_2$  ahora y aquí entrégame el dinero que posees; si  $O_2$  ahora y aquí no me entrega el dinero que posee, yo  $O_1$ , ahora y aquí privo de la vida a  $O_2$  disparando esta pistola).

El mandato  $m_0$  se ha visto progresivamente incrementado en su contenido semántico, por medio de la adición en él de palabras que introducen adecuadamente, es decir, de modo verbal en  $m_0$ , los elementos reales que se encontraban presentes en la situación del mando contenida en el paradigma.

En B) teníamos:

$C_1^V$  (el dinero) +av (amenaza)

como la consecuencia de la conducta de  $O_1$  que hemos presentado como (a). En B) la amenaza era un movimiento de la mano que tenía empuñada una pistola y no tenía carácter verbal. En  $m_1$  se ha hecho una introducción semántica, muy burda, de la amenaza no verbal mencionada. Esta amenaza real, hecha con un gesto que es el inicio del acto de disparar (apuntar la pistola al cuerpo de  $O_2$ ), en  $m_1$  es introducida verbalmente con una palabra que la designa toscamente: "o la vida".

En  $m_1$  encontramos un mandato más completo que en  $m_0$ : hay una palabra para designar el mal con el que se amenaza a  $O_2$ . Este mal no se encuentra especificado en su integridad y gramaticalmente no aparece el tipo de relación que guarda la conducta de  $O_2$  con la que tendrá  $O_1$ . Todo esto está expresado muy confusamente con la letra de la disyunción "o". El contexto proporciona todos los elementos necesarios para entender que sólo en el caso de que  $O_2$  no entregue a  $O_1$  el dinero

que posee, se presente la situación de que pierda la vida por la recepción de una bala.

$m_2$ ,  $m_3$  y  $m_4$  llevan a cabo progresivas complementaciones semánticas del mandato por medio de la especificación de los elementos pragmáticos que se encuentran en el paradigma del mando.  $m_4$ , sin embargo, no posee una sola palabra que exprese que se trata de un mandato. Podría ser un relato, un cuento, la descripción de un acontecimiento, o cualquier otra cosa. Es necesario la especificación, dentro del texto, de que se trata de un mandato real y concreto emitido por  $0_1$  a  $0_2$ . Para ello podríamos usar el signo '!' y hacer  $m_4$  con el signo adicionado '!' igual a  $m_5$ .

$m_5$  !V( $0_2$  ahora y aquí entrégame el dinero que posees; si  $0_2$  ahora y aquí no me entrega el dinero que posee, yo  $0_1$ , ahora y aquí te privo de la vida disparando esta pistola sobre  $0_2$ ).

Ya tenemos una norma o mandato completo respaldado por una amenaza: ya tenemos una norma coactiva.

Como  $m_5$  es un esquema general que se repite constantemente en muy diversas situaciones vitales y es de suma importancia formular el mandato desde el punto de vista de los intereses del destinatario  $0_2$  del mandato, podemos recurrir a formalizar  $m_5$  y obtenemos:

$m_6$  !V( $0_2$ , b, t, s; si  $0_2$ , —b, t, s, entonces  $0_1$ , c, t, s)

t,s están por los elementos lingüísticos en el mandato que señalan el tiempo y el espacio, respectivamente, en el que el sujeto ha de llevar a cabo la conducta que se le ha mandado, así como la conducta que llevará a cabo el sujeto emisor del mandato en el caso de que  $0_2$  no ejecute la conducta que se le ha ordenado —b. Kelsen hablaría de los ámbitos de validez temporal y espacial de la norma. Los otros dos elementos son claramente comprensibles y constituyen los ámbitos de validez personal y material del mandato.

Debe tenerse presente que en  $m_6$  todavía tenemos fuera el signo que señala que estamos en presencia de un mandato '!'. Todavía podemos dar un paso más en la semantización e introducir dentro del mandato algunas palabras que internamente señalen que se trata de un mandato y además de modo inequívoco. Si formulamos  $m_6$  desde el punto de vista de  $0_2$  diremos:

$m_7$  V(obligación ( $0_2$ , b, t, s); si ilícito ( $0_2$ , —b, t, s) entonces sanción ( $0_1$ , c, t, s) )

Si formalizamos más aún y utilizamos los símbolos de la lógica, tenemos:

$$m8 \quad V(0_2, b, t, s); CPh(0_2, -b, t, s)S(0_1, c, t, s)$$

Compárense estos conceptos con los de Austin y con la formalización hecha por Ross Anderson de los conceptos normativos, así como las definiciones que de estos términos da Kelsen, y se verá que coinciden en su totalidad.

10. *Explicación pragmática de los diversos sentidos del sollen en Kelsen*  
¿Qué es el *sollen*, el deber ser? Veamos las conclusiones de Kelsen y tratemos de explicarlas pragmáticamente. Recorrámoslas en orden diverso al que aparecen en la primera parte de este ensayo.

Comencemos con la conclusión más simple:

b) es la relación entre el acto ilícito y la sanción. Nada tenemos que objetar a esto, si a esta relación se la quiere denominar *sollen* o imputación periférica. En la simbología de Ross Anderson<sup>81</sup> es tan sólo la implicación estricta entre el supuesto y la consecuencia constitutiva de la sanción, i. e., LCps, en donde 's' es una constante proporcional que se interpreta como designando a un mal, a algo dañino. Claro que aquí se quiere decir algo más: que *la sanción sigue a la ilicitud por vía normativa*, no por vía causal. Es claro que la sanción se sigue o es consecuencia de la conducta ilícita no por vía causal, sino por un acto de  $0_1$ , es decir, sólo por ser contenido del mandato.

Este acto es el de la emisión del mandato coactivo, el cual establece la relación entre dos hechos posibles a los cuales él tipifica verbalmente: el hecho ilícito, al que pone como condición y el hecho constitutivo de la sanción, al que pone como consecuencia dentro de un enunciado modal de carácter condicional, en el sentido de la fórmula de Ross Anderson, LCps; todo esto supone que se ha efectuado la complementación semántica de los elementos pragmáticos que aparecen en el paradigma del "mando".

El acto de  $0_1$  de emitir un mandato es solamente un elemento del conjunto de elementos que intervienen en el paradigma del "mando" y el contenido del mandato coactivo es claro que no reproduce, a nivel verbal, todas las relaciones que se pueden dar entre los diversos elementos que intervienen en la interacción social representada en el paradigma. Por el contrario, sólo establece una relación específica entre ciertos hechos que se encuentran consignados en el paradigma por una

<sup>81</sup> Cfr., op. cit. supra, nota 75.

serie muy grande de relaciones causales o funcionales. La relación establecida entre ciertos hechos en el mandato no coincide con la cadena causal de las motivaciones. La cadena causal de los condicionamientos conductistas transcurre entre una serie de elementos, que es posible especificar con toda claridad. Dentro de esta serie de elementos múltiples, el mandante escoge unos cuantos, dos o tres cuando mucho, y los coloca dentro del mandato coactivo, desatendiendo todos los otros que pueden intervenir en el condicionamiento conductual correspondiente. La selección de estos elementos de entre los muchos que intervienen en el condicionamiento conductual, se lleva a cabo desde un cierto punto de vista, que aporta el emisor de la norma y cuyo contenido está determinado por su reforzamiento. Por ello, el sentido de la conexión establecida en el mandato es totalmente distinta de la que se lleva a cabo desde un punto de vista causal.

De todos los posibles hechos que pueden ser parte integrante de un condicionamiento causal de varias conductas interrelacionadas entre sí, el mandato sólo contiene unos cuantos de entre ellos y los relaciona entre sí de conformidad con los conceptos que Austin y Kelsen han señalado como típicos de los mandatos coactivos. El criterio ordenador fundamental de los hechos que intervienen como elementos del mandato, está constituido por el concepto de sanción y de las condiciones para su ejercicio y no ejercicio, es decir, de los supuestos de su realización. Si el mandato es entendido como un mandato coactivo, entonces todo el problema de su conceptualización se desarrolla alrededor de la problemática relativa al ejercicio de la coacción, es decir, de la aplicación de las sanciones. Dado el concepto de la sanción, es posible organizar de tal manera las cosas que los diversos conceptos normativos encuentren un lugar específico de una estructura que lo tome como base, como axioma, para ordenar todos los demás. En efecto, el ilícito o la conducta prohibida es el supuesto o la condición de la sanción. La conducta contraria a la ilícita es la conducta que es el contenido de la obligación. Toda conducta que no sea la prohibida se le llama conducta permitida y estos conceptos guardan relaciones entre sí de manera tal que unos son definibles en función de otros, como cualquier lógica modal lo demuestra. El único concepto que parece escaparse es el de la facultad. Sin embargo, no es difícil encontrarle su puesto: el acto del que aplica la sanción al sujeto destinatario de la obligación incumplida es el acto que sólo puede llamarse "facultad". El acto de establecer que el destinatario del mandato ha incumplido su obligación y la ejecución de la sanción, es un acto que se caracteriza aplicándole el término de la "facultad",

pues no se le puede reducir a ninguno de los demás conceptos normativos.

Hay una función normativa que puede ofrecer dificultades especiales o, por lo menos, que ha mostrado especial resistencia a dejarse explicar con la claridad que se ha tenido en relación con los otros conceptos jurídicos: me refiero al concepto de "derogación". Derogar es una función normativa que, a primera vista, no parece poder ser explicada con los conceptos jurídicos anteriores. La derogación no es una función que imponga obligaciones, ni concede derechos, ni define delitos, ni establece sanciones, ni otorga facultades a ciertos órganos. Más bien parece ser la función contraria, destructora, de todas las funciones anteriores. Kelsen,<sup>82</sup> habla de un "no deber ser" y Alchurrón y Bulygin,<sup>83</sup> bajo una concepción expresiva de las normas, le adscriben un acto específico, distinto al del mandato. Todo esto se debe a que el problema es planteado, y se intenta su solución, dentro del estrecho marco de las consideraciones puramente semánticas. Ellas pueden constituir una orientación muy útil de como funciona pragmáticamente el asunto, pues *los operadores modales son, en principio, semántizaciones de elementos o relaciones pragmáticas y sus leyes de operación reproducen muy esquemáticamente, y de modo simplificado, las relaciones funcionales que se dan a nivel pragmático.*

Contemplando el problema de la derogación desde este punto de vista podemos hacer las siguientes consideraciones: a nivel semántico se dice que la derogación consiste en privar de validez a una norma jurídica, excluirla del sistema de normas o privarla de existencia normativa. Todas estas expresiones metafóricas indican claramente que el problema no puede solucionarse dentro del ámbito del análisis semántico y que debe, en consecuencia, intentarse su solución dentro del ámbito pragmático.

Desde el punto de vista conductista, la derogación de la norma sólo significa que el emisor del mandato  $O_1$  retira la amenaza que había dirigido a  $O_2$  en el caso de que éste no ejecutara el acto que era el contenido del mandato, del deseo diría Austin.  $O_1$  encuentra que su situación ha cambiado: quizá el estado aversivo en el que se encontraba ha desaparecido, su necesidad ha sido satisfecha o se percata que el ejercicio de la violencia contra  $O_2$  le será perjudicial en un grado superior, subjetivamente hablando, al beneficio que obtendrá con la conducta  $O_2$ . Entonces,

<sup>82</sup> Vid., op. cit. supra, nota 27.

<sup>83</sup> Vid., op. cit. supra, nota 36.

retira la amenaza y el control coactivo que ejercía de la conducta de  $O_2$  queda destruido. Esta es la función pragmática del retiro de la amenaza.

Esta función pragmática se expresa verbalmente, de modo general, anteponiendo un "no" a un verbo que designe una conducta. En el caso del mandato, el "no" se encuentra dirigido a la propia conducta de  $O_1$ , antes de hacer cualquier semantización dentro del mandato.  $O_1$  se encuentra dispuesto a disparar una pistola a  $O_2$ . Retira la amenaza y dice "no" a ella. Este "no" se encuentra en conexión con la conducta de  $O_1$  de ejecutar el mal o daño con el que amenaza a  $O_2$ . Es claro, en consecuencia, que  $O_2$  se encuentra, a partir de ese momento, en libertad de hacer lo que quiera, lo que significa que no se encuentra sujeto al control coactivo de su conducta por parte de  $O_1$ . En la simbología de Ross Anderson, esto se expresaría así: NLCps, lo que es equivalente a MKpNs, con lo cual en relación con esa norma, toda conducta está permitida.

d) Es el sentido de un acto de voluntad. En este ensayo no hemos tenido la oportunidad de explicitar lo que debe entenderse por acto de voluntad. Bástenos decir por el momento que lo identificamos con la conducta operante. El acto de emitir un mandato es un caso de la conducta operante: Skinner lo denomina "operante verbal", pues evidentemente produce consecuencias en el ambiente, aunque sólo sean las conductas motivadas por la orden o mandato emitido. La emisión de un mandato puede condicionar un conjunto de conductas de otros sujetos. Por lo tanto, su operancia es de carácter social. La conducta verbal es conducta operante, i. e., conducta voluntaria, no refleja, conducta que persigue un fin. Que la norma sea el sentido de un acto de voluntad puede significar.

1. Que no existe norma o mandato alguno si no existe un acto que la establezca. Esta es la tesis de la positividad, con la cual estamos en total acuerdo. Que esto implica el rechazo de las tesis iusnaturalistas, es claro. También es claro que la afirmación de la existencia de normas en la naturaleza supone la proyección del concepto de la conducta operante en la naturaleza y, por ello, la personificación de elementos naturales.

2. Que el acto de emisión de un mandato es un ejemplo de conducta operante, de conducta voluntaria. Con esto estamos de acuerdo. Concebirla así, abre las puertas para el desarrollo de una sociología jurídica conductista.

c) Es un término conjunto para designar a las diversas funciones normativas. Sobre problemas de nombre nosotros no disputaremos. Lo

que se está implicando con ello es la distinción central, categorial, entre los conceptos de las funciones normativas y los conceptos causales. En el fondo lo que está en cuestión es la dualidad entre las categorías del *sein* y las del *sollen* y la *no derivabilidad de unas a partir de las otras*: es el dualismo de Hume y Kant. Sobre esta dualidad irreductible hay que decir brevemente lo siguiente: si se contempla el paradigma del mandato, como ya tuvimos oportunidad de señalarlo, el conjunto de elementos que intervienen en el modelo son muchos y múltiples, de tal manera que en la parte correspondiente a cada sujeto puede comprobarse que existe una especie de reflejo de lo que acontece en el ámbito correspondiente a la otra parte. Este reflejo o imagen especular generalmente constituye un estímulo discriminativo de un acontecimiento externo, natural o producido por la otra parte, en la interacción social. El conjunto de elementos que intervienen en el paradigma puede complicarse enormemente, tanto en cuanto a su número como en las relaciones que pueden darse entre ellos, si se tiene en cuenta el hecho simple de que cada sujeto es un sistema que además de retroalimentar cada parte de su conducta, percibe una multiplicidad de caracteres en la conducta de la contraparte. Si el emisor del mandato dice "el dinero", la explicación funcional de esta sencilla emisión de una oración de dos palabras implica tan gran número de elementos a considerar, que describirla con algún detalle implicaría propiamente escribir un tratado voluminoso. Sólo la descripción de los procesos de retroalimentación conforme se van emitiendo las palabras, es de una complicación que desafía a la imaginación. Basta con pensar solamente en el hecho de que el emisor del mandato, al intentar pronunciar las palabras "el dinero" en lugar de lograrlo hacer con la corrección del caso, comienza por decir "er do. . ." La capacidad de ser su propia audiencia, o sea, la retroalimentación auditiva, así como la retroalimentación propioceptiva del movimiento de los músculos y de los huesos de su boca y su laringe, son de una complicación extremas. Sin embargo, estos procesos existen y deben ser tomados en cuenta por una explicación causal de su desarrollo. *Podríamos decir que los hechos y procesos que pueden tomarse en consideración para llevar a cabo una explicación funcional de una conducta son, en principio, infinitos o, por lo menos, sin un límite prefijado y de una complejidad extrema.* Además, la ordenación de los mismos en la contingencia sigue un orden determinado, que evidentemente no coincide ni puede coincidir con los hechos presentes o futuros que toma en cuenta el emisor del mandato para configurar el contenido de éste. El emisor del mandato ordena al destinatario del mismo una cierta conduc-

ta que debe realizar y especifica la conducta que el propio emisor realizará para el caso de que el destinatario no lleve a cabo la conducta que se le ha ordenado. *Y estos son todos los elementos que intervienen en el contenido del mandato, entresacados, seleccionados de entre la infinita pluralidad de elementos que configuran y pueden configurar la explicación de una contingencia de reforzamiento o de una interacción social cualquiera.*

Es claro, entonces, que cualquiera que sea el criterio causal utilizado en la explicación de las contingencias de reforzamiento recíprocas que constituyen una interacción social, es completamente diferente al que constituye la unión o síntesis de los elementos que intervienen como contenido del mandato. Uno no se puede deducir del otro directamente, aunque los elementos del mandato, todos ellos, se encuentran de alguna manera, colocados en un orden diferente y condicionados de manera diferente a como lo pretende el emisor del mandato, dentro de la contingencia de reforzamiento. La relación social, entendida como dos contingencias de reforzamiento recíprocamente orientadas, contiene, dentro de los elementos que la integran, aquéllos que serán parte constitutiva del contenido del mandato. *La relación entre ellos dentro del mandato, establecida por virtud del mandato, es totalmente distinta de las que guardan en la sucesión de hechos que una explicación funcional de la relación social tiene que especificar.* Se trata de relaciones diferentes, tan sólo por el hecho de que lo que cuenta como importante para el emisor del mandato, no lo es para el destinatario y menos aún para el sociólogo que contempla la interacción.

Creo que en la base del dualismo entre ser y deber ser, se encuentra la dualidad de puntos de vista aquí explicitados.

Tesis de Simmel. Quizá las consideraciones anteriores puedan ayudar a explicar la irracional tesis de que el deber es una categoría de la conciencia que tiene un carácter último y, que por lo tanto, no es explicable, sino sólo mostrable para aquellos que puedan entenderlo o verlo. Lo que acontece, en realidad, es que *desde el punto de vista interno del mandato* no es posible explicar al mandato mismo y, menos aún, a sus conceptos determinantes. No hay análisis posible que pueda proporcionarnos el significado de la palabra "deber", pues por medio del análisis no es posible la reconstrucción conceptual de ningún contenido cultural. Debemos proceder siguiendo el sabio consejo del gran viejo de Koeningsberg; debemos proceder sintéticamente y construir los diversos conceptos culturales a partir de experiencias más elementales. Diría Kant, a partir de los fenómenos, proporcionando el sujeto los criterios

de ordenación sintética de los mismos. Eso hemos intentado hacer aquí de un modo muy elemental, a partir de la ciencia experimental del conductismo. Ésta ya es una ciencia que ha adquirido algún grado de madurez conceptual y no veo motivo alguno por el cual deban despreciarse sus resultados, si con su utilización algo pudiera aclararse.

La lección, entonces, o la moraleja si se quiere, es que por el análisis, el deber ser es irracional. Por la síntesis, por la reconstrucción a partir de una ciencia diferente, es posible decir algo con sentido y lo que parecía totalmente irracional, puede construirse con otros elementos diferentes obtenidos de otra ciencia: la ciencia de la conducta. El análisis semántico no nos conduce a la solución del problema aquí planteado, pero hay alguna esperanza en la síntesis pragmática.

¿Esta conclusión implica rechazar el principio de la pureza metódica preconizado tan insistentemente por Kelsen? Personalmente tengo mis dudas. Creo que el principio de la pureza metódica es un principio perfectamente aceptable para ciertos fines, pero para otros puede resultar ineficaz o limitado. Aquí hemos intentado presentar una de esas limitaciones. Sin embargo, su riqueza ha sido mostrada por la obra de Kelsen y podemos ver que constituye una manera semántica de analizar problemas pragmáticos: quizá pueda desarrollarse la idea de que los conceptos modales o deónticos son tan sólo o, por lo menos, son una manera semántica o constituyen instrumentos semánticos que reproducen parcialmente las relaciones de los diversos elementos que intervienen en el nivel pragmático. Ulteriores investigaciones dirán si esta afirmación es correcta.