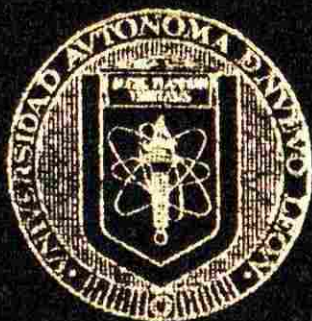


UNIVERSIDAD AUTONOMA DE NUEVO LEON

FACULTAD DE FILOSOFIA Y LETRAS

División de Estudios de Posgrado



**LA INTERPRETACION DE LA LEY EN KELSEN
COMO CATEGORIA DE LA MEDIACION ENTRE
FACTICIDAD Y VALIDEZ**

TESIS

**QUE PARA LA OBTENCION DEL GRADO DE
MAESTRIA EN METODOLOGIA
DE LA CIENCIA PRESENTA:**

Efrén Vázquez Esquivel

CD. UNIVERSITARIA

MARZO DE 2000

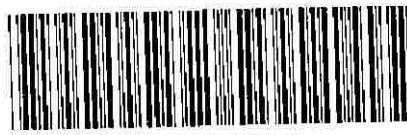
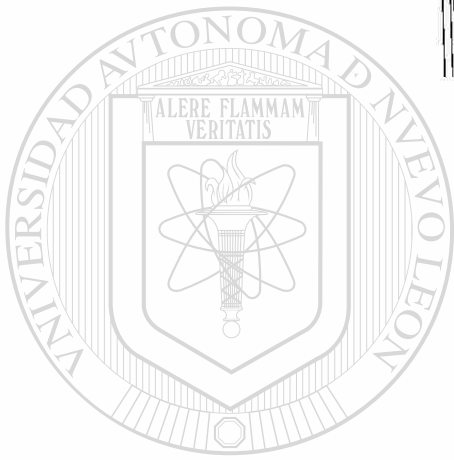
TM

Z7125

FFL

2000

V3



1020130146

UANL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

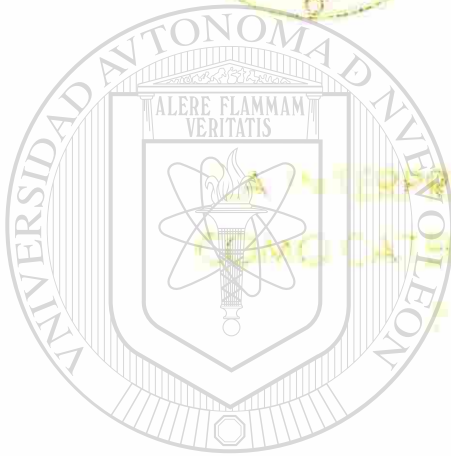
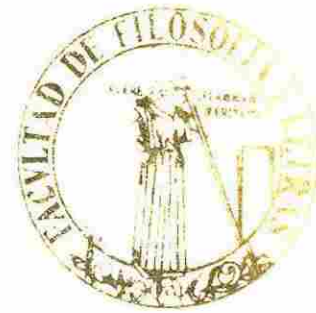


DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

FACULTAD DE FILOSOFÍA Y LETRAS

División de Estudios de Posgrado



LA INTERPRETACION DE LA LEY EN Kelsen
UNA CATEGORIA DE LA MEDIACION ENTRE
LA EFECTIVIDAD Y VALIDEZ

UANL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

QUE PARA LA OBTENCION DEL GRADO DE
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS
DE LA CIENCIA PRESENTA

®

Efren Vazquez Esquivel

LA UNIVERSITARIA

MARZO DE 2000

TM
27125
FFL
2000
V3

01 - 42260

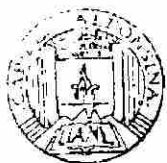


UANL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

®

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS



FONDO
FESIS

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
FACULTAD DE FILOSOFÍA Y LETRAS
DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO



LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY EN Kelsen
COMO CATEGORÍA DE LA MEDIACIÓN ENTRE
FACTICIDAD Y VALIDEZ

UANL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

TESIS



DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS
QUE PARA LA OBTENCIÓN DEL GRADO DE MAestrÍA
EN METODOLOGÍA DE LA CIENCIA PRESENTA:

EFRÉN VÁZQUEZ ESQUIVEL

Ciudad Universitaria, marzo de 2000

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
FACULTAD DE FILOSOFÍA Y LETRAS
DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO



LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY EN KELSEN
COMO CATEGORÍA DE LA MEDIACIÓN ENTRE
FACTICIDAD Y VALIDEZ

UANL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

TESIS



DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS
QUE PARA LA OBTENCIÓN DEL GRADO DE MAestrÍA
EN METODOLOGÍA DE LA CIENCIA PRESENTA:

EFRÉN VÁZQUEZ ESQUIVEL

Ciudad Universitaria, marzo de 2000

A la memoria de MARINA ESQUIVEL ARGÜELLO, mi madre.

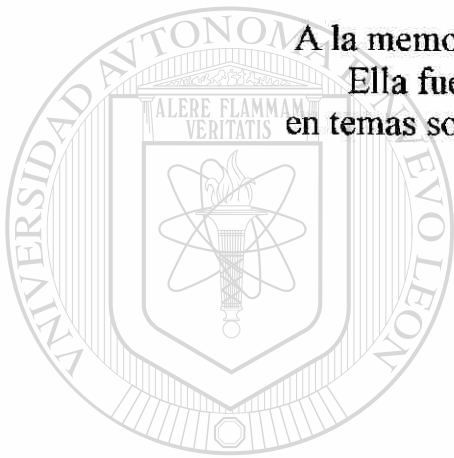
A MARCOS VÁZQUEZ RIVAS, mi padre.

Los años me han llevado a descubrir y aprender apreciar sus respectivos legados:

de mi madre heredé lo que nunca pude aprender de mis lecturas de Nietzsche: hacer del dolor un acicate para la fortaleza y la superación del espíritu, y de mi padre la fortaleza para soportar el dolor.

A la memoria de mi querida hermana AIDA.

Ella fue mi más cercana interlocutora en temas sobre las corrientes de la lingüística.



UANL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN



DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

ÍNDICE

	Pág.
Prólogo.....	IX
Introducción.....	XVIII
Semblanza de Hans Kelsen.....	XXX



CAPÍTULO PRIMERO EL FORMALISMO JURÍDICO

1. El formalismo jurídico.....	54
2. El objeto material y formal de estudio.....	63
3. El proceso de abstracción y su utilidad.....	65
4. La abstracción básica de la ciencia jurídica, desde la perspectiva kelseniana.....	67

CAPÍTULO SEGUNDO LA PUREZA DEL MÉTODO, O ENTRE LA CIENCIA JURÍDICA Y LA POLÍTICA JURÍDICA

1. El recurso de la pureza del método.....	75
--	----

2. El desarrollo de la ciencia jurídica: de la idea de substancia a la idea de función, y de la idea de función a la formulación del principio de imputación-atribución.....	81
3. Ciencia jurídica y política jurídica.....	89
4. Causalidad e imputación-atribución.....	97
5. El discurso de la neutralidad ideológica.....	100

CAPÍTULO TERCERO

LA NORMA FUNDANTE BÁSICA

1. Iusnaturalismo y sociologismo ante el problema de la mediación entre facticidad y validez.....	107
2. García Máynez versus Kelsen.....	110
3. K. J. Friedrich versus Kelsen.....	113
4. Observaciones críticas sobre los anteriores puntos de vista y dos tesis sobre la norma fundante básica.....	115

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

CAPÍTULO CUARTO

RACIONALIDAD E IRRACIONALIDAD EN EL DERECHO

1. El derecho y la ciencia del derecho.....	129
2. Los mitos y misterios en la construcción de la verdad jurídica.....	133
2.1. Permanencia de las solemnidades, ritualismos, mitos e ideas mágicas y religiosas.....	134
2.2. Privilegios de los intérpretes y las funciones de racionalidad e irracionalidad en el derecho.....	136
2.3. Derecho y relaciones de poder, las castas y estamentos de	

juristas en el surgimiento del common law y el derecho racional moderno.....	140
2.4. De lo imaginario y lo simbólico.....	147
2.5. El poder lo imaginario y lo simbólico en la determinación de las ideas de justicia, autoridad y soberanía.....	152
2.6. La epistemología de las significaciones.....	160
3. Mitos y teorías en la interpretación de la ley.....	161
3.1. El mito de la única interpretación correcta	162
3.2. El mito de las lagunas de la ley	167
3.3. El mito de que el juez sólo cumple la función jurisdiccional y que sólo crea derecho cuando la ley lo faculta para ello.....	170
3.4. El mito de la interpretación auténtica	171
4.5. Las teorías	174

CAPÍTULO QUINTO

LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY EN Kelsen COMO CATEGORÍA DE LA

MEDIACIÓN ENTRE FACTICIDAD Y VALIDEZ

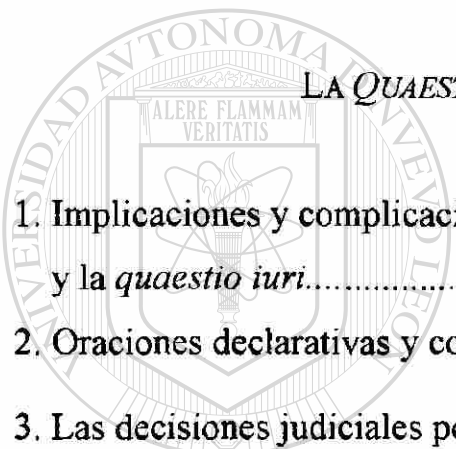
1. El derecho y el problema de su mediación con la realidad.....	187
2. La noción de categoría y la duda sobre la consistencia del sistema kelseniano.....	193
3. La interpretación de la ley en Kelsen.....	200
3.1. Determinación absoluta y relativa. La indeterminación voluntaria e involuntaria.....	204
3.2. Las decisiones judiciales y la lógica jurídica.....	214
3.3. La imposibilidad de la interpretación única.....	220
3.4. Normas jurídicas y normas políticas.....	224

3.5. La interpretación científica del derecho y la que realizan los órganos de aplicación del derecho.....	228
3.6. Facticidad y validez	231
3.7. Facticidad, eficacia y legitimidad.....	239
3.8. La categoría de la mediación entre facticidad y validez.....	246
3.9. Los estudios de la Sociología Jurídica sobre las decisiones judiciales.....	250

CAPÍTULO SEXTO

LA *QUAESTIO FACTI* Y LA *QUAESTIO IURI*

1. Implicaciones y complicaciones entre la <i>quaestio facti</i> y la <i>quaestio iuri</i>	258
2. Oraciones declarativas y constitutivas.....	260
3. Las decisiones judiciales poseen un carácter constitutivo, no declarativo.....	262
<hr/>	
Conclusiones.....	266
Bibliografía.....	270



U A N L

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS



PRÓLOGO

Durante el transcurso de mis estudios de posgrado nunca tuve duda de que mi tesis habría de ser sobre Kelsen, tarde pero ese deseo ha quedado satisfecho, el antikelsenismo que se respiraba en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma de Nuevo León (UANL) en los años 70-75, había producido en mí una reacción contraria: voltear la mirada hacia Kelsen. Sin embargo, eran los años de Marx y de los marxistas, por lo que esa mirada fue tenue y distorsionada.

A esta orientación contribuyó también la insatisfacción que tuve desde las primeras clases de la carrera de derecho, fundada esencialmente, en su aspecto teórico, en una visión maniquea y reduccionista que del derecho hace el libro de *Introducción al estudio del derecho* de Eduardo García Máynez, lo que originó que me refugiara en lecturas de filosofía, teoría política y teoría social. En estas lecturas tampoco encontré, sobre todo en las de orientación marxista, nada que me satisficiera respecto al papel que juega el derecho en los procesos sociales, entonces como ahora esa eran mi inquietud, no las del despacho de abogados y el cliente —a donde no obstante con posterioridad he tenido que ir en varias ocasiones para poder subsistir—, en esos tiempos el idealismo juvenil que rayaba en la ensoñación nos llevó a muchos a oponer al conocimiento transmitido en el aula el conocimiento autoadquirido en seminarios privados, llamados círculos de estudio, con lo que se pretendía vincular el conocimiento a la praxis política.

En los debates surgidos en esos círculos de estudio nunca quedé convencido del lugar asignado al derecho y a Kelsen. Tampoco puede nunca oponer algo distinto. Imposible, y no sólo por la falta de alguien que orientara mis pasos con mayor claridad hacia ese rumbo, sino fundamentalmente porque en esos pequeños cenáculos se profesaba el dogmatismo del reverso de la moneda que en aquellos años imperaba en la Facultad de Derecho.

Al correr el año de 1973 cursaba el séptimo semestre, y sin ser parte de mi proyecto de vida, pues quería ser abogado, comencé a dar clases en una preparatoria de la UANL. Mi ingreso a la planta docente fue un hecho tan estocástico como lo fue mi salida 22 años después de la Facultad de Filosofía y Letras. No obstante ese hecho que me condujo a encontrar mi verdadera vocación como docente que siempre quiso ser investigador, me obligó desde entonces a sistematizar mis lecturas dispersas. Sentía una gran atracción por otras disciplinas tanto como por el derecho; pero el curso de Filosofía del Derecho y del Estado que en ese mismo año hice con el Dr. Agustín Basave Fernández del Valle me convenció definitivamente de que la ciencia del derecho era mi pasión, de que debía y era necesario abreviar en otras disciplinas y regresar al derecho para su mejor comprensión.

Nobleza obliga: no puedo dejar de reconocer la influencia que sobre mí tuvo el Dr. Basave, él pudo despertar y fortalecer en mi la apetencia por la reflexión de los problemas del hombre y los de la Filosofía del Derecho; a la rigurosidad de sus clases magistrales, lo que no encontré entre quienes repitieron durante toda la carrera las tesis de los clásicos del derecho por boca García Máñez —mucho más que a los aludidos seminarios privados de jóvenes dirigidos por jóvenes—, debo mi primer serio acercamiento a los problemas de la Filosofía del Derecho y la Filosofía del Estado.

Debo decir que no coincidía con no pocos de sus puntos de vista, sin embargo los años me han hecho saber que fueron más las coincidencias que entonces tuve y sigo teniendo con este gran maestro. Guardo como un tesoro un ejemplar de la *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, editada en enero de 1973 como la 4ª. Edición de la Editorial Espasa-Calpe, Colección Austral, No. 648, completamente deshojado, no lo he querido encuadernar, como quedó debido a la mala calidad del encuadernado después de mi lectura para una clase del Dr. Basave. Por supuesto, muy poco, por no decir nada, fue lo que pude captar de esa mi primera y apresurada lectura de Kant; pero la lección más importante que me dejó esa experiencia, la cual recuerdo cada vez que consulto esa obra, fue que debo ser prudente en mis juicios, y que no es bueno afirmar nada con seguridad si no se ha consultado la obra directa de que se trate.

Pero mi búsqueda del sentido del derecho y de la *Teoría pura del derecho* también se dio por otros lados. En 1973 y 1975 aparecieron publicados los libros *Metodología jurídica* y *El Derecho como obstáculo al cambio social*, de Jorge Wiker y Eduardo Novoa Monrreal, respectivamente; en estas obras, con todo y el pesimismo de Monrreal, encontré coincidencias en cuanto al tratamiento de algunas problemáticas del derecho que siempre me llenaban de dudas en las aulas de la Facultad de Derecho. Estas lecturas, no obstante que no abordan directamente la problemática kelseniana, me ayudaron a fortalecer la idea que ya tenía del fundador de la Escuela de Viena, principalmente a partir de la *Teoría General del Derecho y del Estado*, traducida del inglés por Eduardo García Máynez.

A ello contribuyeron también, aunque provenientes de caminos encontrados, las lecturas de Umberto Cerroni, Marx y el Derecho Moderno, 1975; *La Función Revolucionaria del Derecho*, de P. I. Stuka, 1969; *La Teoría*

General del Derecho y el Marxismo, de E. B. Pashukanis, 1975, entre otras. En estos autores encontré una visión parcial y sesgada de Kelsen; pero mi actitud de tratar de encontrar lo que está detrás de la crítica, me acercó más al fundador de la Escuela de Viena.

Mas mi encuentro con Kelsen todavía tuvo otros escenarios, en 1980 conocí a Roberto J. Vernengo, quien un años antes había traducido del alemán al castellano para la Editorial Porrúa la segunda edición de la *Teoría pura del derecho*, sus charlas sobre la consistencia del sistema kelseniano, impartidas en la Universidad Juárez del Estado de Durango, definitivamente reafirmaron en mí la importancia de la *Teoría pura del derecho*.

En ese mismo año obtuve mi primera invitación a un evento académico efectuado en el extranjero, dos años antes había venido participando a nivel nacional en eventos académicos relacionados al derecho y a la enseñanza del derecho, los de la ACADEMIA NACIONAL DE METODOLOGÍA DEL DERECHO, organismo creado por Antonio Pérez Sánchez y Francisco Gordillo Monguel, con el apoyo inicial de Santiago Oñate y David Pantoja; también desde su inicio tuvo el apoyo de Luis A. Warat, desde Brasil. Con la desintegración de este organismo académico surgió tres años después CRÍTICA JURÍDICA, organismo que desde su nacimiento ha recibido vida de Óscar Correas.

En mi regreso de ese evento académico brasileño, celebrado del 6 al 10 de abril de 1981 en la Universidad Católica de Río de Janeiro, tuve como compañero de periplo a Óscar Correas, quien por aquel entonces preparaba la edición de su primer libro, *La Ciencia Jurídica*, la larga plática que sostuvimos durante el viaje me dejó convencido de proseguir mis estudios formales para comprender mejor el derecho, promover su desarrollo y seguir impulsando eventos académicos para discutir los problemas de su enseñanza y

aprendizaje. Los problemas teóricos del derecho me inquietaban sobremanera, las posturas de la ESCUELA CRÍTICA DEL DERECHO DE FRANCIA (*Critique du droit*), en particular las de Antoine Jeammot y Michel Mialle, en mí llenaron huecos que había arrastrado por mucho tiempo, de igual forma los análisis del discurso de Luis A. Warat —con quien en 1979 hice un seminario sobre Ferdinand de Saussure—, hechos desde la perspectiva de la epistemología de las significaciones.

Esto fue lo que me motivo a hacer el posgrado en Metodología de la Ciencia, para entonces ya era padre de mi hija Ninel y ni siquiera intenté buscar beca para hacer estudios en el extranjero, la opción que se me presentó fue en la División de Posgrado de la Facultad de Filosofía y Letras de la UANL, donde creo haber encontrado mucho de lo que buscaba y que aún sigo buscando.

El ambiente en crítica jurídica, debo decirlo, en su inicio no era el más propicio para el abordaje de temas sobre la problemática kelseniana, lo que más inquietaba eran los problemas de la enseñanza del derecho, poco a poco este tipo de inquietudes se fue dislocando hacia problemáticas del contenido de la enseñanza, algunos creían que Kelsen ya había sido superado. Warat, por ejemplo, había sido discípulo y asistente de Roberto J. Vernejo en la Universidad de Buenos Aires, en su discurso se trasluce un profundo conocimiento de la *Teoría pura*, la cual ciertamente él ha revalorizado; pero más que cualquier otra cosa, Warat hace uso de la teoría kelseniana y de la estereotipación que de ésta se ha hecho para sustentar sus propias propuestas teóricas sobre el sentido común teórico de los juristas y la epistemología de las significaciones. Óscar correas, por su parte, es uno de los juristas que más se han aproximado a Kelsen, pero su procedencia del marxismo lo hizo tardar

más de diez años para lograr, en 1990, sus importantes hallazgos y contribuciones sobre Kelsen y la *Teoría pura*.

Pero los distintos orígenes de los juristas críticos no es lo único que contribuyó a postergar las investigaciones sobre Kelsen, al menos en el caso de México. A esto tiene que añadirse, entre muchas otras variables, las prioridades institucionales centradas esencialmente en una visión codificada del derecho; de ahí que, aunque ya en menos proporción, el comentario coincidente de los críticos del derecho nacionales en eventos de carácter internacional bien podría ser denominado con toda propiedad “el síndrome de Poncio Pilatos”. Me explicaré: inicialmente la mayoría de estos juristas encontró acomodo en las facultades de filosofía, y al plantear allí sus inquietudes de investigación relacionadas con el derecho —y que conste que no hay una facultad de filosofía donde no se imparta Filosofía del Derecho!—, la respuesta era: “Eso plantéelo en la Facultad de Derecho”, y al ir a la facultad o escuela de derecho a hacer ese mismo planteamiento académico, la respuesta era la misma: “Esto no corresponde a la Facultad de Derecho, plantéelo a la Facultad de Filosofía, a lo mejor allí les interesa”. Tal es el contexto histórico que dio origen al tema de esta tesis; el que dicho sea de paso, ha sido objeto de tesis sólo por un nuevoleonés: Raúl Rangel Frías, en su tesis de licenciatura.

Finalmente sólo resta expresar mi más sincero agradecimiento a las personas que de una u otra manera influyeron en este paso, con el cual se cierra una etapa de mi vida que se había postergado. En primer lugar a mi esposa la señora Rosa O. Hernández Martínez, a quien debo agradecer su comprensión; en segundo lugar a mi hija Ninel, estudiante de derecho que al parecer sigue mis pasos; a mi hijo Carlos Efrén, cuya vocación contenida un tanto por el ímpetu de la adolescencia se perfila hacia las ciencias duras; y mi

hija Artemis, estudiante de preparatoria, quien vive los tiempos de las indefiniciones. Ellos son mi única inspiración, constituyen el resorte que me impulsa a la superación, a fin de convertirme en su mejor modelo; ellos saben que este pequeño esfuerzo lo he hecho pensando fundamentalmente en ellos.

En tercer lugar al Colegio de Abogados de Nuevo León, a cada uno de mis colegas. A esta institución debo el haber podido seguir alimentado diariamente mis inquietudes académicas, después de que tuve que dejar la cátedra en la Facultad de Filosofía y Letras de la UANL, ello gracias a la dirección de la revista Derecho y Sociedad que al dejar mis labores docentes me fue conferida.

En cuarto lugar a mis amigos Helio E. Ayala Villarreal, director de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UANL, con quien hoy esta institución camina a pasos acelerados por mejores rumbos; Guillermo Colín, José Jaime Ruiz, Omar Elí Robles, Horacio Salazar Herrera y Leticia Herrera, con quienes comparto en las páginas editoriales de Diario de Monterrey el ánimo de estar día a día pulsando el sentir de la ciudad y de la vida nacional.

De igual manera a Salvador Guajardo, director de prensa de la rectoría de la Universidad Autónoma de Nuevo León, entrañable amigo con quien además de compartir desde hace muchos años el interés por la comunicación social, también comparto el recuerdo de los barrios que nos vieron crecer.

Así también a los abogados Dr. Alfonso Verde Cuenca, Rigoberto Dávila Salinas, Carlos Francisco Cisneros Ramos, el politólogo Raúl Rodríguez Rodríguez y licenciado Leonel Rodríguez Castillo. Con los dos primeros hoy comparto las añoranzas de los tiempos estudiantiles de la Facultad de Derecho. Con Carlos Francisco Cisneros, de varias generaciones atrás pero de mirada firme en el futuro, al igual que con Rigoberto y Alfonso, muchas ocasiones he compartido experiencias prácticas de la profesión de

abogado y disquisiciones relacionadas a la ciencia jurídica. Respecto a Raúl y Leonel, de mis nuevos amigos, con el primero comparto el interés por la ciencia política, y con el segundo, catedrático de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UANL, comparto no sólo el interés por el derecho, como con los demás amigos abogados, también debo agradecerle el haber compartido conmigo la angustia provocada por los atrasos de la publicación de la revista Derecho y Sociedad. Leonel, quien durante un tiempo ejerció el periodismo, se ha convertido en mi incondicional corrector.

De todos ellos he recibido apoyo moral en mis momentos de flaqueza, lo que también de una o de otra manera, al igual que el estímulo familiar, han contribuido a la terminación de esta pequeña empresa. A todos ellos expreso mi más sincero agradecimiento y aprovecho la ocasión para refrendarles mi lealtad; lo mismo expreso a quienes en este momento han escapado de mi memoria.

Menciones especiales merecen los profesores Dr. José María Infante Bonfiglio, coordinador del Departamento de Posgrado de la Facultad de Filosofía y Letras de la UANL y mi ex profesor de Historia del método científico y Metodología avanzada de las ciencias sociales; Dr. Germán Cisneros Fariás, profesor titular de Teoría del Derecho en la Facultad de Derecho de la UANL, quien entusiasta y amablemente aceptó asesorarme en esta tesis mostrando de inmediato toda su disposición en cada una de las largas y provechosas sesiones de trabajo que fueron dando forma acabada a esa tesis que hoy se somete al veredicto de este H. Jurado, sobre la cual asumo toda la responsabilidad; Maestro Héctor Franco Sáenz, profesor de la Facultad de Filosofía y Letras de la UANL y del Departamento de Posgrado de la Facultad de Filosofía y Letras de la UANL; Dr. Óscar Correas, ex

investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y ahora de la Facultad de Ciencias Políticas de esta misma universidad.

Con todos me unen lazos de compañerismo y amistad inquebrantables, fincados en el interés común por el conocimiento y la superación del espíritu. A todos expreso mi gratitud. En particular al Dr. Óscar Correas Vázquez, queridísimo amigo de origen argentino de quien me considero su eterno deudor intelectual. Con él y con muchos otros que hoy sobresalen en las principales comunidades de juristas y de sociólogos del derecho, entre ellos Jorge Luis Ibarra, rector del Colegio de México en Sonora, hace más de 20 años emprendí la aventura más preciada de mi vida: en CRÍTICA JURÍDICA. De alguna manera esta tesis es parte de ese producto y da testimonio de él.



Efrén Vázquez Esquivel

Monterrey, Nuevo León, marzo de 2000

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

INTRODUCCIÓN

La presente tesis con la cual se aspira a obtener el grado de *Maestría en Metodología de la Ciencia*, es apenas un esbozo sobre las implicaciones de la *política jurídica* en la *Teoría pura del derecho* de Hans Kelsen, algo sobre lo que los juristas mexicanos son omisos y los extranjeros suelen soslayar, o bien estas implicaciones la perciben sólo como una de tantas “contradicciones” del sistema kelseniano. Trata de desarrollar un análisis aunque no pormenorizado sobre los soportes políticos que subyacen en la base epistemológica del fundador de la Escuela de Viena, sobre lo cual aún falta mucho por hacer en el campo de la epistemología jurídica.

No se trata de un estudio dirigido al análisis de las distintas fases de desarrollo del pensamiento kelseniano, procurando encontrar posibles contradicciones e inconsistencias, como el objetivo que se propuso Mario G. Losano que ahora reclama investigaciones de este tipo para estimular el debate, El propósito de esta tesis es más modesto, sólo aborda algunos de los supuestos y conceptos teóricos fundamentales del jurista vienés, los cuales se exponen en varias de sus obras, entre otras en la *Teoría pura del derecho*, *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*, *Teoría General del Derecho y del Estado*, *Acerca de las fronteras entre el método jurídico y el sociológico*, *Teoría general del Estado*, *¿Qué es justicia?*, *Socialismo y Estado*, *Dios y el Estado*, obras en las que se encuentran o de ellas se

desprende sus presupuestos teórico-metodológicos, concepciones políticas, jurídico-políticas y jurídico-filosóficas.

La crítica de los valores o disvalores intelectuales de la tendencia del positivismo jurídico en los que se inscribe este pensador —tema sobre el que se ha incursionado en abundancia—, es algo que se omite. Tampoco es su propósito revisar a fondo su contribución al problema de la ideología, aspecto del pensamiento kelseniano muy socorrido por sus epígonos, críticos y detractores, de manera particular por los marxistas. No obstante, este tema como otros del pensamiento kelseniano, no se puede dejar completamente de lado; por lo que también se aborda sólo en la medida que amerita sustentar los puntos de vista sostenidos en esta tesis.

Es esta la temática principal que de una u otra manera se aborda. Sus propósitos fundamentales son, en primer lugar, aclarar ciertas dudas epistemológicas del Kelsen escolarizado y sometido al rigor de la sordina de todo tipo de reduccionismos en las facultades y escuelas de derecho, lo que lo hace aparecer como un jurista que se escuda en las formas jurídicas para evadir cualquier contacto con la realidad; en segundo término, a partir del análisis sobre la *quaestio facti* y la *quaestio iuris* explícita o implícitamente concebida por Kelsen, se propone tratar de identificar y dar cuenta del lugar donde en la *Teoría pura del derecho* se encuentra el punto que posibilita la mediación entre facticidad y validez, tarea que obliga al abordaje de su teoría de la norma fundante básica, el problema de la validez y el de la relación entre validez y legitimación.

En términos de mayor precisión, las hipótesis de trabajo que se tratarán de probar en esta tesis son las siguientes:

Hipótesis 1. : La norma fundante básica en la *Teoría pura del derecho*, la cual no es impuesta sino presupuesta, no constituye un andamiaje teórico

para escapar de la realidad, sino que por el contrario, es ésta una construcción teórica producto de una decisión convencional que sin proponerse dirimir el problema de la verdad, ni el de las esencias de los valores, ni el del contenido de las normas, posibilita proporcionar el fundamento de validez y coherencia a las normas jurídicas pertenecientes a un sistema jurídico determinado, así como construir consensos.

Hipótesis 2. : Uno de los problemas esenciales que enfrenta la *Teoría pura del derecho* lo constituye el problema del fundamento de la validez de las normas jurídicas, el cual se resuelve a través de la norma fundante básica (Grundnorm).

Hipótesis 3. : El fundamento de validez de las normas jurídicas lo proporciona no sólo la Grundnorm, sino en última instancia la «efectividad», pues para Kelsen una norma jurídica sólo puede ser considerada como objetivamente válida si el comportamiento que ella regula coincide con la efectividad, por lo menos en un cierto grado, y la efectividad de la ley no es sino una forma de «facticidad».

Hipótesis 4. : De lo anterior se deduce que bajo una visión integral de la *Teoría pura del derecho*, no existe en el pensamiento kelseniano una escisión entre derecho y poder —como sostienen sus críticos y apologistas—, ya que la norma fundante básica, como norma presupuesta, no impuesta por ninguna autoridad política —en cuyo caso tendría que basarse en una norma superior y ya no habría tal instancia normativa fundante impuesta—, en última instancia se deriva de la «legitimidad» que fácticamente se expresa como una norma presupuesta en el pensamiento jurídico, pues como se ha dicho, para Kelsen un mínimo de efectividad es condición de la validez de las normas jurídicas.

Hipótesis 5. : La *Teoría de la interpretación de ley* propuesta por Kelsen, cuyo problema es planteado a la política jurídica y no de la ciencia

jurídica, constituye en el pensamiento kelseniano la categoría de la mediación entre facticidad y validez, ya que en el acto de interpretación —que en realidad es un complejo proceso— convergen en el intérprete los juicios de valor y los juicios de hecho, los cuales por una decisión convencional se escinden en la *Teoría pura del derecho*.

Hipótesis 6. : Por lo anterior, y con base a la matriz epistemológica neokantiana que regula las reglas de construcción de la *Teoría pura del derecho*, las decisiones judiciales, desde la óptica de *Teoría de la interpretación de la ley* propuesta por Kelsen, poseen un carácter constitutivo, no declarativo.

Hipótesis 7. : El carácter constitutivo de las decisiones judiciales no se derivan de consecuencias lógicas sino de un acto de voluntad, y añadido esto a la imposibilidad de una determinación absoluta en la relación de obligación que se establece entre la norma de superior jerarquía y la inferior, con ello se cancela la posibilidad de una sola interpretación correcta en cualquier texto legal.

Hipótesis 8. : De lo anterior se deriva que en el acto de interpretación y aplicación de la ley confluyen en el intérprete juicios de hecho y juicios de valor, los cuales, por una decisión convencional asumida en la *Teoría pura del derecho* se establece una línea de demarcación entre estos dos tipos de juicios.

Hipótesis 9. : Entre las variables metajurídicas que confluyen e influyen en las decisiones judiciales, tanto en la conclusión de la actividad decisoria del juez como en las premisas jurídica —*quaestio iuris*— y factual —*quaestio facti*— que se asumen como fundamento de la conclusión, las más inexploradas y fuera de control son aquellas que se estructuran en el imaginario del intérprete (o creador) de la ley, por lo que no es posible excluir la irracionalidad del derecho en su concepción normativa.

La hipótesis principal de esta tesis se hace consistir en que la *Teoría de la interpretación de la ley* propuesta por Kelsen constituye la categoría de la mediación entre facticidad y validez en el sistema kelseniano, el sustentante considera que esta hipótesis ha quedado debidamente probada en los capítulos quinto y sexto. También se argumenta a favor de esta hipótesis en los demás capítulos, con excepción del primero. No se consideró prudente su tratamiento en el primer capítulo porque, como se ha dicho, el propósito de esta investigación es también esclarecer ciertos malentendidos conceptuales que producen un inmediato rechazo al llamado “formalismo jurídico kelseniano”, y para desvanecerlos esta investigación comienza con la elucidación de los instrumentos conceptuales mínimos exigibles para poder comprender el sentido y la estructura de cualquier disciplina tenida como científica, sin cuyo conocimiento y dominio se carecería de los elementos de juicio necesarios para valorar objetiva y racionalmente cualquier ciencia, no sólo la ciencia jurídica planteada desde la perspectiva de Kelsen.

Tal es el propósito de la temática que se aborda en el capítulo primero denominado El formalismo jurídico, en el que desde la perspectiva de la teoría de la ciencia se analizan los conceptos de objeto material y objeto formal de estudio, el proceso de abstracción y la utilidad que de éste se obtiene en todas las disciplinas. Este recorrido, cuyo objetivo particular es probar la parte de la hipótesis 1, en lo relativo a que la norma fundante básica no constituye un andamiaje teórico para escapar de la realidad, concluye con la abstracción básica de la ciencia jurídica desde la perspectiva kelseniana, en donde de paso se analizan algunos aspectos de la deontología de los operadores del derecho, sobre todo de los abogados, la cual se manifiesta como contraria a la especulación teórica. La otra parte de esta hipótesis de trabajo, es decir, lo relacionado al convencionalismo poncareano —el cual pasa desapercibido a

los críticos de Kelsen—, se trata de probar, principalmente, en la parte final del capítulo tercero.

Se trata de dejar claro que al asumir Kelsen la forma normativa como abstracción básica de la ciencia jurídica, no hace sino respetar los valores epistemológicos que regulan los procesos de constitución de las verdades tenidas como científicas, los cuales son impuestos a todas las disciplinas del conocimiento; además de que con ello Kelsen no se propone asumir dicha forma normativa como «exclusivo» objeto del derecho. Con la introducción de esta temática, no se trata de ahondar en las diferentes acepciones que en la ciencia jurídica se debaten aún sobre el concepto “formalismo jurídico” —con todo y que sigue habiendo mucho que escudriñar en este campo. Por ello, para cumplir con este objetivo que es reforzado en otras partes de esta investigación, sólo se hace un planteamiento general a partir del abordaje de las tesis de Bobbio sobre este punto.

En el capítulo segundo se entra de lleno a temáticas no muy inexploradas —y en otros casos ignoradas— del pensamiento kelseniano,

como lo son las implicaciones políticas en la *Teoría pura del derecho*, para ello se expone la concepción de ciencia de Kelsen y se hace una breve caracterización de la teoría política y la política jurídica que este pensador asume. También se dibuja una tenue panorámica sobre los principales aspectos del desarrollo de la ciencia, en particular la física, que influyen sobre Kelsen. En otro orden de ideas, dado que la producción científica de Kelsen motivó en gran parte los grandes debates ideológicos de los años 20's, entre otros los del marxismo, resulta imposible en este capítulo soslayar el debate sobre el discurso de la neutralidad ideológica. Para ello se analiza el punto de vista de uno de los más representativos de México, como lo es sin duda Adolfo Sánchez Vázquez.

Antes de enfrentar los problemas que subyacen en los procesos significativos de la interpretación de la ley (capítulo cuarto y parte del quinto), lo que se considera que algo tienen que ver con las estructuras antropológicas de lo imaginario, se consideró conveniente tratar en el capítulo tercero el debate que se han dado sobre la norma fundante básica. Ello con el propósito de robustecer los argumentos a favor de las hipótesis 1, 2, 3 y 4. Un debate que se ha reducido a unos cuantos lugares comunes reciclados, que nada nuevo ha aportado en ya más de ochenta años, tal vea porque cada cual ve en la *Teoría pura del derecho* lo que quiere o le conviene ver.

Por tal esta razón, pero además porque estos mismos lugares comunes se siguen reproduciendo en las escuelas y facultades de derecho y con ellos se nutre la enseñanza de las nuevas generaciones de profesionales del derecho, sólo se ha elegido para su análisis y crítica a dos representativos autores que participan en este debate, uno alemán y el otro mexicano, Friedrich y García Máynez, respectivamente.

En el caso de Eduardo García Máynez, su libro de *Introducción al estudio del derecho*, cuya primera edición data de 1940 —con una sola adición y reforma cuatro años después—, sigue siendo el *corpus* teórico que nutre y forma a los profesionales del derecho en el país. Tiene también como propósito este tercer capítulo, siguiendo un poco el camino señalado por Luis A. Warat, llamar la atención sobre las intersecciones y simplificaciones discursivas que se promueven desde las instituciones públicas, facultades y escuelas de derecho, órganos de procuración y administración de justicia, etc., las cuales tornan los conceptos jurídicos fundamentales —y no sólo los provenientes de la matriz kelseniana— difusos y estereotipados, ostensiblemente con fines legitimadores y no de conocimiento.

Como se hizo referencia en un párrafo anterior, en el cuarto capítulo se hace un estudio acerca de ciertos elementos productores de poder, imperceptibles no sólo para el hombre de la calle sino también para los operadores del derecho, los cuales subyacen en los procesos significativos de la interpretación de la ley. Estos elementos, de la esfera de lo simbólico, sólo pueden ser abordables a partir del análisis específico de las estructuras antropológicas de lo imaginario, y subyacen no sólo en los procesos significativos de la interpretación de la ley, sino también en todo el proceso de construcción de la verdad legal. En esta tesis su estudio se hace a partir de una clara diferenciación entre lo que es derecho como conjunto de «normas» jurídicas y lo que derecho como «ciencia del derecho», que como tal tiene como objeto de estudio ese conjunto de normas jurídicas. Se concluye que el lugar privilegiado del imaginario es el derecho concebido como norma, aunque en ocasiones de manera sigilosa o furtiva también penetran la esfera de la ciencia del derecho.

Los últimos dos capítulos, el quinto y el sexto, se refieren propiamente a la hipótesis principal de este trabajo, por tanto las temáticas que en ambos se abordan pretenden probar las hipótesis 4, 5, 6, 7 y 8. En el capítulo quinto, el de mayor extensión y cuyo rubro corresponde al de la tesis, se incursiona en primer término sobre la problemática del derecho con relación a su mediación con la realidad, de lo que se desprende la necesidad de revisar aunque sea de manera breve la noción de categoría haciendo énfasis a la propuesta por Emmanuel Kant. Esto resulta comprensible, ya que la *Teoría pura del derecho* tiene como principal base de su construcción el pensamiento del filósofo de Königsberg.

Pero la mediación del derecho con la realidad no se produce sólo a través de las categorías formuladas por el conocimiento filosófico o científico,

muy lejos se está aún para muchos en los tiempos actuales de conocer el derecho siquiera un poco más allá del aporte que proporciona el sentido común teórico de los juristas, en términos de Warat. De ahí la necesidad de hacer un recorrido histórico, lo cual se hace en el capítulo cuarto, para verificar la manera como en distintos contextos culturales se ha producido la verdad jurídica, lo que pone de manifiesto que no siempre es la razón —como se pretende hacer creer— la que está de por medio en la base de la construcción de la verdad jurídica; de ahí también la conveniencia de no dejar de considerar los tópicos relacionados con la racionalidad e irracionalidad del derecho, donde se abordan temas como la permanencia de solemnidades e ideas míticas, mágicas y religiosas en el derecho moderno. Todo esto concluye, como se anticipó, con una revisión del papel que juega el imaginario y lo simbólico en el proceso de la construcción de la verdad legal, no sin dejar de considerar que ya en el mito existe una cierta forma de racionalización.

La construcción de la verdad jurídica en el derecho moderno tiene en la teoría de la interpretación de la ley —cualquiera que sea la doctrina que la formule—, lo que indudablemente tiene que ver con el sistema probatorio, la categoría de la mediación entre facticidad y validez. Es en el acto de la interpretación de la ley que concluye con una decisión judicial, donde la expectativa de racionalidad y consistencia queda satisfecha o bien no queda satisfecha y ésta se sustituye por el principio de seguridad jurídica, en cuyo caso el derecho no encuentra su legitimación, pues como bien lo refiere Habermas, la pretendida legitimación del derecho no la puede obtener éste tan sólo con el cumplimiento de reglas procedimentales, y esta exigencia —la de la racionalidad y legitimidad— conlleva necesariamente a revisar con sumo cuidado uno de los temas más importantes de la teoría jurídica que invariablemente remite a principios elaborados por la Filosofía del Derecho,

como lo es el eterno problema del carácter de la determinación que se establece en la relación de una norma de jerarquía superior con respecto a la inferior.

Sobre este problema, se revisa el punto de vista de Habermas en relación a la percepción que éste tiene del sistema kelseniano, se advierte sobre algunas imprecisiones de Habermas respecto a las decisiones judiciales en Kelsen, y a la vez se cuestiona el carácter de la idea del indeterminismo absoluto del derecho que en cierta forma subyace en el pensamiento de Habermas, a través de la cual este autor pretende dar cabida a la posibilidad de una hermenéutica convertida en teoría del derecho, único medio desde su punto de vista, para poder proporcionar racionalidad a las decisiones judiciales.

Toda esta extensa temática se considera conveniente abordar antes de entrar al análisis y valoración de la *Teoría de la interpretación de la ley* de Hans Kelsen —aunque Habermas se vuelve a abordar en los últimos dos capítulos. En esta introducción se anticipa que la *Teoría de la interpretación* de Kelsen no se considera como algo ajeno al sistema kelseniano, sino como parte de ese sistema, pues, incluso, uno de sus principales críticos, como lo es sin duda el jurista italiano Mario G. Losano que tuvo la fortuna de interactuar con Kelsen, refiere que el autor de la *Teoría pura del derecho* constantemente decía “que la suya es una teoría pura del derecho, no una teoría del derecho puro”. Es así como en el quinto capítulo se analizan las divergencias y convergencias entre las tesis de Kelsen sobre las decisiones judiciales, con respecto a la sostenida por Habermas; así como las sostenidas por Mario G. Losano desde el enfoque muy particular de la lógica jurídica.

En opinión del autor citado, a pesar de que la *Teoría de la interpretación de la ley* involucra temas de gran interés, ésta ha sido ignorada

tanto por los críticos de Kelsen como por sus seguidores. Dado a que no fue posible tener acceso directo a autores tales como Fritz Schreier y Luigi Caiani, entre los pocos que aborda el tema de la interpretación en Kelsen, sólo se considera en el análisis que aquí se hace el punto de vista de Mario G. Losano. Lo expuesto sobre el particular en esta tesis, considérese como un trabajo inacabado que habrá que proseguirse. En este mismo capítulo, no puede pasar por alto la revisión de los conceptos de validez, eficacia, legitimación con relación al concepto de facticidad.

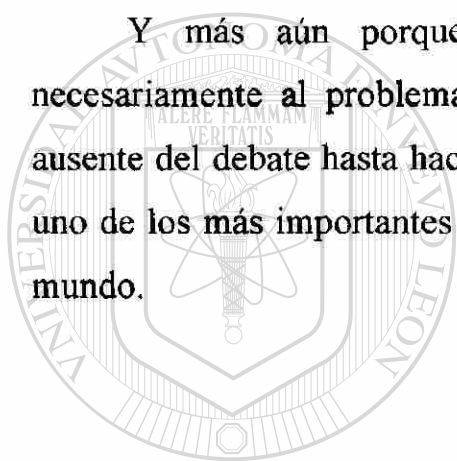
Por último, en el sexto capítulo denominado La *quaestio facti* y la *quaestio iuris*, que como se dijo es una continuación de la problemática tratada en el cuarto capítulo, se trata de identificar cuáles son las principales implicaciones y complicaciones que manifiesta en la *quaestio iuris* y la *quaestio facti*. Se trata de dejar claro que ambas nociones posibilitan establecer la diferencia entre las concepciones de ciencia jurídica y política jurídica en Kelsen; esto es así porque la oposición kelseniana entre el mundo de los hechos y el mundo de las normas —creadas por los hombres— conlleva a que desde del punto de vista cognitivo se asuman dos posiciones distintas, ante el mundo de lo fáctico —o *quaestio facti*—, se asume una posición descriptiva, y ante en el mundo de las normas (o *quaestio iuris*), la posición asumida es constitutiva.

Por otra parte, se deja claro también que la concepción formalista que Kelsen asume ante la ciencia jurídica no es la misma que sostiene este autor en lo que se refiere a la teoría de la interpretación de la ley, donde sin lugar a duda el formalismo kelseniano se torna constructivismo. No todos sostienen este punto de vista, desde luego; para Mario G. Losano, Kelsen es un formalista también en el tema de la interpretación de la ley.

Por último, no es ocioso decir que las ideas aquí expuestas están sujetas a la crítica, a la rectificación y a su posterior desarrollo. Nunca en la aventura del trabajo intelectual es posible decir la última palabra.

Lo que incuestionablemente es cierto es que, con todo y el debate poskelseniano que en los últimos tiempos ha arrojado interesantes resultados, en el problema del esclarecimiento de la relación entre facticidad y validez en la *Teoría pura del derecho*, es algo que aún falta mucho por recorrer para tocar fondo.

Y más aún porque el tratamiento de este problema conduce necesariamente al problema de la argumentación e interpretación jurídica, ausente del debate hasta hace relativamente poco tiempo en que se ha vuelto uno de los más importantes tópicos de las comunidades de juristas de todo el mundo.



UANL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN



DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

SEMBLANZA DE HANS KELSEN

Hans Kelsen Löwy no sólo es para muchos el jurista del siglo XX, también es para muchos otros el jurista que desde el inicio de la segunda década de este siglo vino a desnaturalizar la idea de derecho acuñada por más de dos mil años de tradición iusnaturalista. Y para otros más es quien a partir de una escisión naturaleza-sociedad de raigambre neokantiana, vino a transgredir la pluralidad metodológica de orientación causal y teleológica, en la descripción y explicación de la ciencia jurídica¹. Al margen de posturas, cada cual posee la suya y en esta tesis se habrá de asumir la propia, una cosa es incuestionable: Kelsen es hoy, como lo fue durante toda su vida hasta su muerte acaecida el 11 de abril de 1973, en Berkely, California, el jurista más controvertido del siglo XX. Tal vez lo siga siendo por mucho tiempo más en el nuevo siglo XXI.

Desde la segunda década del siglo XX, de manera más precisa siete años después de la publicación de su primera gran obra, los *Problemas Capitales*², el pensamiento de Kelsen ha estado en el centro del debate

¹ Esta postura epistemológica, la cual es objeto de análisis en esta tesis, Kelsen la sostiene desde su primera gran obra, *Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado*, publicada en 1911. Esta obra, que en seguida se cita, fue publicada en México 76 años después de su aparición en lengua alemana.

² Kelsen, Hans, *Problemas Capitales de la Teoría jurídica del Estado (desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica)* [Tr. Wenceslao Roces], Ed. Porrúa-III de la UNAM, México, 1987. El impacto de la teoría jurídica de Kelsen no se produjo de inmediato con la publicación de esta obra. Su primera obra, *La Teoría del Estado de Dante Alighieri*, 1905, no produjo efectos extraordinarios, fue recibida con beneplácito hasta en Italia, aunque para Kelsen carece de originalidad y es más bien un trabajo académico (su tesis de

jurídico-político y jurídico-filosófico. Pero mucho más en medio del los debates ideológicos de todos los frentes, tanto de las izquierdas como de las derechas. No obstante, paradójicamente, Kelsen ha merecido mejor lugar entre filósofos de la ciencia, epistemólogos, sociólogos y politólogos, que en el pasado siglo hicieron progresar sus respectivas disciplinas, que en las comunidades de juristas y en las de los operadores del derecho, a pesar de que no pocos de los primeros, sigilosamente a él han tenido que recurrir para medir y desarrollar sus propios posturas.

¿Pero por qué Kelsen generó y sigue generado tan enconados ataques en su contra? ¿Por qué sigue cosechando tan contradictorias críticas y reclamos? ¿Por qué el recurso de la sordina para exponer su pensamiento en la mayoría de los textos que forman a los profesionales del derecho? ¿Por qué la conspiración del silencio? ¿Por qué la reticencia impuestas a su palabra? ¿Por qué no obstante Kelsen sigue siendo el centro de la polémica sobre el progreso de la ciencia jurídica? Para saciar la curiosidad que pudieran provocar las anteriores interrogantes, sería necesario buscar explicaciones que tienen que ver, entre otros aspectos: con el *ethos* de los juristas y el de los operadores del derecho, sus creencias, valores, prácticas, sentidos comunes teóricos; con la forma como se produce el progreso de la ciencia, desde la perspectiva de la sociología del conocimiento; con el contexto histórico, cultural, político y social, dentro del cual Hans Kelsen produjo su obra.

Como no es este el lugar para despejar tan amplios y complejos problemas que no requieren de una, sino de varias investigaciones —aunque de manera tangencial de la lectura de esta tesis se desprenden algunas

licenciatura); pero con los *Problemas Capitales* la cosa fue distinta; sólo la pausa impuesta por la guerra originó que tardara el reconocimiento internacional de Kelsen. El primero en proclamar la originalidad y trascendencia de las tesis de Kelsen, en los *Problemas Capitales*, fue Franz Weyr.

respuestas parciales a parte de estas interrogantes—, se pensó en que al menos en esta tesis había que llamar la atención sobre este tan inexplorado campo del derecho y de los operadores del derecho. Para fortalecer este propósito, así como para una mejor visión y valorización de algunos puntos de vista sostenidos por sustentante de esta tesis, se consideró prudente incluir una semblanza de Hans Kelsen. Se recurre para esta semblanza, ante la imposibilidad de las fuentes directas, a síntesis ampliamente difundidas sobre la vida de este pensador; pero principalmente al trabajo inconcluso de Rudolf Aladár Méttal, *Hans Kelsen, leben und werk*, publicada en alemán en 1969 y en castellano en 1976³. Habráse de continuar, entonces, con tal semblanza con los primeros años de este pensador.

Hans fue el primer hijo del matrimonio formado por Adolfo Kelsen y Auguste Löwy; sus otros tres hermanos nacidos en Viena fueron Ernesto, Gertrud y Paul Fritz. Quien llegó a ser el fundador de la Escuela de Viena fue el único hijo del matrimonio Kelsen-Löwy que no nació en Viena. Nació en Praga el 11 de octubre de 1881. Que haya nacido en Praga y no Viena indudablemente tuvo que ver con el peregrinar de su padre de origen judío, nacido en Brandy en 1850. A los 14 años Adolf emigra a Viena, capital del imperio austrohúngaro, donde trabajó como aprendiz de todo hasta que instaló su negocio de venta de aparatos de alumbrado, esta fue la aventura que lo llevó a Praga donde conoció Auguste Löwy, originaria de Bohemia. La estancia de los Kelsen-Löwy en Checoslovaquia debió haber sido muy próspera, pues cuando Hans tenía apenas tres años les permitió regresar a Viena a instalar una pequeña fábrica de los aparatos que antes sólo comercializaban.

³ Aladár Méttal, Rudolf, *Hans Kelsen, Vida y Obra*, (Tr. Javier Esquivel), Ed. III de la UNAM, 1976.

Poco se sabe de la genealogía de Hans Kelsen, Aladár MétaI sostiene la hipótesis de que fueron originarios del poblado Kelsen sobre Saarbur, distrito de Trier, ubicado sobre la frontera luxemburguesa-alemana, al sudoeste de Saarbur, entre Sarre y Mosela⁴. Funda su dicho en que a finales del siglo XVIII se autorizó proporcionar apellido a las familias judías que habían llegado como mercaderes al poblado Kelsen, como era costumbre, muchas de esas familias judías allí residenciadas desde la Edad Media tomaron su apellido del poblado donde vivían. Hay un hecho más que funda esta hipótesis: a Hans se le cuestionó en un tiempo haberse cambiado de apellido, de Kohn a Kelsen, lo que nunca se probó⁵. Pero este hecho, por sí mismo, revela la importancia en la sociedad austriaca de llevar un apellido cuyo origen fuera reconocido como parte de un pasado común vinculado al imperio.

Al margen de cualquier otra consideración, lo que resulta incuestionable es que, sin haber antecedente alguno en el mundo de las letras y la ciencia en los antepasados de Hans Kelsen, ni por el lado de Adolfo ni por

el de su esposa Auguste, éste pudo destacar de manera preponderante en la ciencia, de tal forma que si fuera desconocido el ambiente cultural de Viena, *La Atenas del siglo XX*, dentro del cual Hans Kelsen se formó y produjo su obra, sería difícil creer que una eminencia de la talla de este pensador haya sido producto tan sólo de una familia austriaca perteneciente a la pequeña burguesía. Y sobre todo si se considera el hecho de que de los cuatro hijos de Adolfo y Auguste sólo el primero tuvo el ímpetu de poner su vida al servicio de la ciencia jurídica, la ciencia política y la teoría de la democracia, entre otras de las disciplinas que fueron de su dominio.

⁴ Ob. Cit. p. 9.

⁵ *Ibidem*.

Hans realizó sus estudios básicos en una institución privada, la Escuela Primaria Evangélica de Viena⁶, a la que asistían los hijos de las familias acomodadas y de la esforzada pequeña burguesía; sin embargo, debido a un mal momento económico de sus padres, el último año tuvo que ser inscrito en la Escuela Pública del Cuarto Distrito de Viena. Hans pudo haber concluido sus estudios básicos en la Escuela Primaria Evangélica de Viena⁷, puesto que existía un programa de becas para los alumnos sobresalientes, pero él no era un alumno sobresaliente, muy apenas pasó el promedio de un alumno regular en rendimiento académico.

No obstante en 1892, refiere su biógrafo Rudolf Aladár, pudo aprobar el examen de admisión para ingresar al Gimnasio Académico de Viena donde siguió con sus bajas calificaciones. Al final de su bachillerato y el primer año de la Facultad de Derecho de Viena, en 1900, en donde tuvo que inscribirse después de no haber podido ingresar a la Facultad de Filosofía —pues él quería estudiar filosofía, física y matemáticas—, mejoró notablemente su calidad de estudiante.

En sus estudios de licenciatura Kelsen renunció a la escolarización, se hizo autodidacta, el mismo lo confiesa en su autobiografía —no publicada aún en castellano, al menos en México, lo poco que se sabe de ella es gracias a Rudolf Aladár. La primera impresión que sintió de las clases que se impartían en la Facultad de Derecho fue de decepción: “El romanista Czyhlarz enseñaba derecho romano sin atender a su conexión con la cultura antigua o a su importancia para la sociedad de nuestro tiempo; pronto me di cuenta que podía aprender en pocas semanas, mediante la lectura de su texto, lo que enseñaba en sus no muy vívidos discursos durante todo un semestre. El germanista

⁶ Ob. cit. p. 10.

⁷ *Ibidem*.

Zallinger era un orador desacostumbradamente malo, ya que era visible que hablaba sólo con grandes esfuerzos. Sigmund Adler, quien enseñaba historia del derecho austriaco, era una figura cómica. Después de poco tiempo, dejé de visitar la mayoría de los cursos y me dediqué a la lectura de obras de filosofía⁸.

Su deseo frustrado de estudiar en la Facultad de Filosofía de la Universidad de Viena lo dejó marcado con una cicatriz, refiere su biógrafo. La verdad es que, como todo adolescente, Kelsen pagó el precio de sus indecisiones: quería estudiar filosofía y matemáticas y física, pero el futuro que con esos estudios le esperaba no era de su agrado, ya que lo único que podía llegar a ser era profesor y ése no era su proyecto de vida, mucho menos soñaba entonces en llegar a ser un científico; y por el otro lado, si ingresaba a la Facultad de Derecho, tampoco anhelaba ser abogado, mas sin embargo se decidió estudiar la carrera de derecho⁹.

Pero como por lo general la adolescencia es la edad del amigo que proporciona seguridad, en el caso de Kelsen ese amigo que influyó en él para reafirmar su vocación fue —a decir de Aladár Métall— Otto Weininger¹⁰. Otto Weininger hizo su tesis doctoral sobre “Sexo y Carácter”, se convirtió en un bestseller, no obstante el juicio de Freud fue adverso, el 4 de octubre de 1903 Weininger se suicidó y su obra continuó teniendo éxito¹¹, tanto su suicidio como su éxito póstumo debió haber influido sobre Hans Kelsen —que lo recordó toda la vida— para seguir por el camino de la investigación de su amigo Otto.

⁸ Ob. cit. p.13.

⁹ Ob. cit. pp.12-13.

¹⁰ Ob. cit. pp. 12-14.

¹¹ *Ibidem*.

Hubo otros que también influyeron sobre Hans Kelsen, uno de ellos fue su profesor de Historia de la Filosofía del Derecho, Leo Strisower¹², a este curso era el único que no Kelsen no faltaba; otro más en la última etapa de su carrera fue Eduard Bernatzik¹³. Leo Strisower¹⁴ lo asesoró en su tesis sobre *La Teoría del Estado de Dante Alighieri*, no obstante que la orientación hacia ese tema la obtuvo de Strisower. Ninguno de los tres fueron teóricos del derecho sobresalientes.

Kelsen se recibe de Licenciado en Derecho en 1905. Su tesis la concluye antes de terminar su carrera, fue su primer libro publicado en 1905; un año después, concluye sus exámenes para obtener su título de doctor. También por la Facultad de Derecho de Viena. Al tiempo que concluye sus estudios de licenciatura la situación económica de los Kelsen-Löwy empeora con la muerte de su padre acaecida en 1907, para entonces ya había quebrado la pequeña empresa familiar¹⁵. Estas adversidades no frustraron sus proyectos intelectuales ya bien solidificados, poco antes de que ocurriera la muerte de su padre ya había puesto en marcha sus planes para conseguir una beca, a fin de concluir lo que sería su primera gran obra, *Problemas Capitales de la Teoría del jurídica del Estado*, lo que logra realizar después de haberse titulado de doctor con una beca a Heidelberg y otra a Berlín. Esta obra la concluyó en 1910, después de cinco años de trabajo¹⁶, y se publicó en 1911. Kelsen eligió Heidelberg porque iba tras Georg Jellinek, sin embargo no congeniaron profesor y discípulo, para Kelsen, Jellinek era un pedante que buscaba el

¹² Ob. cit. p.14.

¹³ Ob. cit. p.15.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ Ob. cit. p. 16.

¹⁶ Ob. cit. p. 21.

refugio de sus alumnos favoritos para saciar su apetencia de adoración y adulación¹⁷.

Pero a su arduo trabajo intelectual se impuso el *impasse* de la Primera Guerra Mundial estallada en 1914. Para entonces ya había publicado, aparte de *La Teoría del Estado de Dante Alighieri* y de los *problemas capitales: Comentarios al nuevo orden electoral del parlamento imperial austriaco*, 1907; dos ensayos sobre *Derecho constitucional*, publicados este mismo año; *Los límites entre el método jurídico y el sociológico*, 1911; *La industria extractiva en Rumania*, 1912; *Descuentos de crédito en contabilidad*, 1913; *El ilícito estatal*, 1913; *Dios y el Estado* (estos dos últimos ensayos son de influencia freudiana); *Hacia una doctrina del negocio jurídico*, 1913; *Hacia una doctrina de la ley en sentido formal y en sentido material*, 1913; *Ley imperial y ley local según la Constitución Austriaca*, 1914. En este mismo año funda la Revista de Derecho Público.

Al estallar la guerra Kelsen es llamado a las filas; pero de esta experiencia, en la que de un simple teniente de reserva llegó a ser asesor inmediato del ministro de Guerra del imperio austrohúngaro, Rudolf von Stöger-Steiner, y del propio emperador Carlos I, sacó buen provecho para sus posteriores reflexiones sobre Teoría Política, Teoría de la Democracia, Derecho Internacional y, por supuesto, para su *Teoría pura del derecho*, entre otras disciplinas de su interés.

Kelsen tenía 33 años cuando fue llamado como reserva en agosto de 1914, para entonces ya tenía dos años de casado con Magarethe, con quien procreó dos hijas¹⁸. Por causa de una pulmonía sólo estuvo en la tropa unos meses, se le consideró apto sólo para trabajo de oficina y ya no regresó a la

¹⁷ Ob. cit. p. 17.

¹⁸ Ob. cit. p. 23.

tropa; sirvió en el Departamento de Justicia del Ministerio de Guerra, en donde fue ascendido a capitán¹⁹. Es en este cargo comienza su ascenso hacia la pirámide del poder, al lado de los hombres que toman las decisiones fundamentales que trajeron como consecuencia la pacificación del mundo, en lo general, y en lo particular, la transformación de la monarquía imperial austrohúngara en países autónomos e independientes.

Pero mejor que sea el mismo Hans Kelsen quien comente una de sus peculiares coyunturas que se le presentó, como consecuencia de una feliz casualidad que no desaprovechó, gracias a la cual participa en las estrategias y proyectos de pacificación: “Un oficial de justicia del mando supremo del ejército, el mayor Dr. Albin Schager, quien ejercía en aquel tiempo una influencia considerable sobre el emperador Carlos, intentó fundar una revista de derecho militar, razón por la cual invitó, por medio del presidente del departamento de justicia del ministerio, a los oficiales de tal dependencia para que enviaran sus contribuciones para el primer número. Ahora bien, yo había elaborado desde algún tiempo un amplio tratado sobre la cuestión de una reforma constitucional que podría llevarse a cabo después de la guerra, el cual pensaba publicar al término de la misma en mi Revista Austríaca de Derecho Público. El tratado contenía todo un capítulo que se ocupaba de la división del ejército común, que habían gestionado los húngaros. Arranqué literalmente el capítulo de mi manuscrito y se lo entregué a mi jefe, como contribución para la nueva revista. Al no saber más nada, olvidé el asunto al cual no le concedí mayor importancia. Un buen día me mandó llamar mi jefe y me comunicó que se me ordenaba presentarme ante el ministro de Guerra. Me preguntó que si sabía de qué se trataba y yo le contesté sinceramente que no tenía la menor idea. El ministro me recibió visiblemente contrariado y me preguntó si no

¹⁹ Ob. cit. p. 32.

sabía que los oficiales del Ministerio sólo podrían publicar con la previa autorización del mismo. Yo le contesté que desde que estaba en el ministerio no había publicado nada, a lo cual replicó el ministro: ‘¿Y su artículo de derecho militar?’²⁰».

Kelsen ignoraba que el proyecto de revista del mayor Albin Schager ya se había materializado, que el primer número ya estaba en circulación y que uno de sus ensayos era el de él, por lo que según nos narra, —para continuar con la anterior cita—, tuvo que pensar rápidamente en la mejor forma de defenderse ante el ministro:

“Me di cuenta que el ministro sospechaba que yo estaba trabajando para el mando supremo del ejército, el cual merced a rivalidades personales se encontraba en un conflicto de competencia con el Ministerio. Inmediatamente después de haberse puesto al frente del gobierno, el emperador Carlos había hecho una promesa al gobierno húngaro, en relación con la solicitud de este para dividir el ejército. Del estudio y preparación de las medidas necesarias en esta cuestión, había encargado precisamente al nuevo Ministro de guerra.

Ahora bien, el enterarse de alguna manera que una revista editada bajo los auspicios del supremo mando del ejército contenía en su primer número un artículo sobre la separación de los ejércitos, le hizo sospechar que el mando supremo intentaba apoderarse de la cuestión. El hecho de que el artículo proviniera de uno de sus oficiales, lo interpretó entonces como una deslealtad. Todo ello lo puede adivinar, solamente, a través de las vagas alusiones que me hizo el ministro. No me resultó difícil convencerlo de que el fondo político del asunto me era totalmente desconocido y de que no tenía mayor ambición que la de poner mis modestos conocimientos en el área de derecho constitucional austrohúngaro, bajo su exclusiva disposición. El resultado fue que me llamó

²⁰ Ob. cit. p. 26.

inmediatamente a la presidencia, asignándome una oficina contigua a la suya”²¹.

A partir de ese momento, Kelsen es el asesor inmediato no sólo del Ministro de Guerra, sino también del mismo emperador Carlos I. Sus estrategias pacifistas, basadas en el principio de autodeterminación de los pueblos, fueron tomadas en cuenta por el emperador austrohúngaro²². Y no porque fuera lo mejor para poner a salvo la monarquía, sino porque dadas las condiciones objetivas y subjetivas del momento que Hans Kelsen supo muy bien interpretar, la liquidación de la monarquía y la integración de un gobierno de coalición de transición, encabezado por Heinrich Lammasch, era la mejor opción no sólo para el emperador Carlos I, sino para el futuro de Austria. Sigue diciendo Kelsen:

“Después del rompimiento del frente búlgaro era claro, para cualquiera que conociera la situación del ejército que la guerra se había perdido definitivamente. Dado que el ejército era lo único que mantenía unida a la monarquía, no me cabía la menor duda de que sería inevitablemente liquidada, a menos que se hiciera el intento de mantenerla en forma completamente nueva. En este sentido preparé un memorándum que terminaba con la siguiente proposición: para evitar una catástrofe económica y política, el emperador debería establecer una comisión compuesta por delegados de las diversas nacionalidades y que tuviera como tarea llevar a cabo, de manera ordenada, la liquidación de la monarquía y la formación de Estados nacionales, con base en el derecho de autodeterminación de los pueblos. En este sentido, el emperador debería declarar que su persona y la dinastía no constituían ningún obstáculo, pero que si las nuevas federaciones de Estados

²¹ Ob cit. p. 27.

²² Ob. cit. p. 30 y ss.

lo consideraban necesario, por razones económicas y políticas, él estaba dispuesto a figurar de algún modo al frente de esta federación. Quizá los factores económicos y políticos, que hasta la fecha habían hecho necesaria la existencia de la monarquía en el corazón de Europa, serían suficientemente fuertes para mantener con vida un Estado federal centro-europeo. Sin embargo, esto no podría ocurrir por la fuerza, sino con fundamento en una decisión libre de las naciones. En principio, el plan estaba limitado a la parte austríaca de la monarquía, con objeto de no chocar de antemano con la oposición del gobierno húngaro, que era adverso a toda autonomía nacional de los pueblos no magyares”²³.

La propuesta de Kelsen no fue aceptada de inmediato por el emperador Carlos I, antes se buscaron otras opciones, ya que el emperador entonces era más influido por la visión optimista del el ministro de guerra, quien pensaba en que la salida era por el lado de los nacionalistas alemanes. No fue sino hasta a mediados de octubre de 1918, según narra el mismo Kelsen²⁴, cuando el emperador lo mandó llamar para conocer en detalle su plan que finalmente aprobó. Posteriormente, a solicitud del emperador Carlos I, Kelsen se pone en contacto con Lammasch para pedirle a nombre del emperador “...que si estaba dispuesto a ponerse al frente de la comisión de liquidación”²⁵, lo que acepta de inmediato.

Las negociaciones para la pacificación y la instauración de un gobierno de coalición dieron inicio. Entre las principales fuerzas que se disputaban el poder estaban los socialdemócratas, de tendencia socialista, y los socialcristianos, inspirados en la filosofía cristiana y de tendencia conservadora. El reciente triunfo de la Revolución de Octubre pesó demasiado

²³ Ob. cit. p. 28-29.

²⁴ *Ibidem*.

sobre la balanza a favor de los socialdemócratas. Fue así como el 3 de abril de 1919 se decretó la ley que abolió la nobleza en Austria.

Fue así, también, como del Imperio Austrohúngaro surgió la República de Austria, para lo cual las fuerzas aliadas crearon un gobierno provisional presidido por el socialdemócrata Karl Renner, a este gobierno corresponde promulgar el primero de octubre de 1920 la Constitución Federal de la República de Austria. El artífice de esta Constitución, que entró en vigor el 13 de julio de 1921, fue Kelsen.

Después de la guerra, 1918, a la vez que Kelsen participa en la recomposición política reinicia sus actividades docentes y de investigación que habían sido postergadas, en este mismo año obtiene por segunda ocasión el nombramiento de profesor ordinario de la Universidad de Viena. Es entonces cuando comienza a brillar con fuerza la estrella de la Escuela de Viena, "...que sólo lo es en el sentido de que allí cada uno intenta aprender del otro, sin renunciar por ello a proseguir su propio camino"²⁶, refiere su propio fundador Hans Kelsen. Fue a partir de ese año de 1918 cuando comienzan a llegar a Viena estudiosos del derecho de muchas partes del mundo en búsqueda de Kelsen, los cuales se iniciaron durante la guerra: Los primeros fueron sus discípulos de los años 1911-1914, Adolf Merkl, Leonidas Pitamic y Alfred Verdross, entre otros. A estos se unieron después de la guerra, Walter Henrich, Josef L. Kunz, Felix Kaufmann, entre otros. También Alf Ross, de Dinamarca; Julios Kraft, de Alemania; Luis Recaséns Siches y Luis Lagaz y Lacambra, de España, entre muchos otros²⁷.

Véase ahora brevemente un panorama la posguerra, de los esfuerzos de la pacificación y de la construcción de un nuevo orden, en lo cual Kelsen

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ Prólogo a la primera edición de la *Teoría pura del derecho*, p. 9.

juega un importante papel. En 1919 Austria tenía diez millones de habitantes²⁸, el canciller (o jefe de gobierno) austriaco, Renner, trataba por todos los medios de atar todos los cabos para que la paz lograda fuera definitiva; su principal problema era negociar con Alemania la autonomía de Austria. Esta fue la razón por la que Renner solicita a Kelsen que elabore un proyecto de Constitución, para lo cual le señaló sólo las directrices políticas: que la Constitución tuviera como base la democracia parlamentaria, y una descentralización que, correspondiendo a la división territorial de Austria en regiones autónomas, no constituyera, sin embargo, una fuerte limitación a la competencia del gobierno central²⁹.

Entre las novedades que Kelsen pensó para la Constitución de su país, actualmente en vigor, se encuentra el Tribunal Constitucional, figura jurídica que con abismales diferencias de tendencia centralista fue introducida en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos 75 años después, es decir, en las reformas constitucionales que entraron en vigor el primero de enero de 1995. A decir Adalár Méta, "...la tendencia del propio Kelsen era

codificar de manera técnicamente inobjetable los principios políticos que se la habían dado, construyendo al mismo tiempo las garantías efectivas de la constitucionalidad para las funciones del Estado. Kelsen consideraba al capítulo sobre las garantías de la Constitución y de la administración como el núcleo jurídico de la Constitución, con las cuales podía al mismo tiempo vincular las instituciones de la vieja monarquía con el Tribunal Imperial y el Tribunal Administrativo. Este último pudo ser recogido en la nueva constitución federal fue para Kelsen con modificaciones insustanciales. El Tribunal Imperial, en cambio, fue convertido por Kelsen en un verdadero

²⁷ Ob. cit. p. 36.

²⁸ Ob. cit. p. 41.

Tribunal Constitucional, el primero de este tipo en la historia del derecho constitucional³⁰.

Al término de la guerra Kelsen tuvo ofrecimientos para trabajar en el gobierno socialista, sin ser socialista, lo que no aceptó. Fiel a sus principios de que la ciencia no debía mezclarse con la política nunca militó en ningún partido político. Prefirió realizar gestiones para incorporarse de nuevo como profesor extraordinario a la Facultad de Derecho de la Universidad de Viena, ahora bajo el predominio de los socialistas contra quienes tuvo que debatir sus ideas tanto en la Universidad como fuera de la Universidad. Sin embargo, con posterioridad, con el inicio de la vigencia de la Constitución Federal de Austria, Hans Kelsen fue nombrado juez del Tribunal Constitucional, cargo que desempeñó hasta 1929³¹.

Como producto de sus debates con los socialistas, con quienes tenía buenas relaciones —principalmente con el doctor Karl Renner, Otto Bauer y Max Adler, los más importantes teóricos del marxismo austriaco—, en 1920 publicó su obra *Socialismo y Estado (una investigación sobre la teoría política del marxismo)*. Tres años después publica esta misma obra, ampliada y modificada.

Como diría Foucault, la nueva Constitución no fue ni podía ser la carta otorgada por el nuevo soberano, el día de su victoria para garantizar la paz perpetua. Pensar de esta manera significaría conceder a la ley poderes mágicos, tales como para transformar en un instante la mentalidad de todas las personas por el sólo hecho de consignar en la ley un principio que debe ser obedecido. Considérese, entonces, los factores reales de poder que Kelsen nunca soslayó en sus análisis sobre la juridicidad, por más que sus detractores

²⁹ Ob. cit. pp. 41-42.

³⁰ Ob. cit. p. 24.

lo acusen de evadir la realidad en su *Teoría pura del derecho*. Uno de esos factores fue la tradición cultural milenaria de la sociedad austriaca, fundada en una serie de valores contrarios a los ideales democráticos, lo que afortunadamente poco a poco se fue transformando, no sin antes dejar hondas cicatrices en el rostro de sus mejores hombres que contribuyeron a la construcción de la actual sociedad austriaca.

Precisamente, desde el inicio de la vigencia de la Constitución Federal de Austria los conflictos entre socialdemócratas y socialcristianos se fueron incrementando. El Partido Social-Cristiano tuvo la presidencia federal en 1924 y veía como obstáculo para la realización de sus proyectos al Tribunal Constitucional, contenido en la recién promulgada Constitución Federal de Austria³², razón por la cual Kelsen no pudo estar fuera del blanco de los ataques contra esta institución jurídica.

Por las mismas fechas en que comenzaron los ataques contra el Tribunal Constitucional, los ataques periodísticos contra la persona de Hans Kelsen se incrementaron. Dado a esa situación, a mediados de 1930 decidió abandonar Viena para aceptar la invitación que desde 1925 le había hecho la Universidad de Colonia. A partir de este momento comienza su peregrinar³³.

Poco fue el tiempo que Kelsen estuvo en Colonia, a donde llegó el 2 de noviembre de 1930³⁴. Tres años después, con el ascenso de Adolf Hitler al poder, se inicia en Alemania la persecución contra los judíos, con la ayuda de amigos emigra³⁵ a Ginebra donde era esperado para incorporarse a la planta docente del Institut Universitaire des Hautes Etudes Internationales³⁶, la

³¹ Ob. cit. pp. 34.

³² Ob. cit. p. 55.

³³ Ob. cit. pp. 59-60.

³⁴ Ob. cit. p. 64.

³⁵ Ob. cit. pp. 67-69.

³⁶ Ob. cit. p. 70.

situación económica en Ginebra no es muy bonancible para Kelsen, esta situación lo obliga a emigrar de nuevo —en 1936— a la Universidad de Praga que sí le ofrece un derecho de jubilación, pero en ascenso del fascismo que a finales de los treinta arrecia en Checoslovaquia, lo que trae consigo campañas de linchamiento en su contra —se le acusa de comunista y de corruptor de las juventudes— lo obliga a emigrar ahora a la Universidad de Harvard de los Estados Unidos, posteriormente acepta la invitación de la Universidad de Berkely, California, donde muere en 1973.

Fue tan largo el peregrinar de Kelsen como también lo fue su producción bibliográfica que no interrumpió sino hasta meses antes de su muerte. Su obra cumbre, *Teoría pura del derecho*, cuya primera edición es de 1934 y la segunda —reelaborada y ampliada— de 1960, es una continuación de los *problemas capitales*, publicada como se ha dicho en 1911; pero alrededor de esta obra, entre otras de gran envergadura, hay una amplia producción de ensayos. Su obra inconclusa, ambicioso proyecto que recientemente ha sido traducido al castellano, fue *Teoría General de las normas*.

Sin pretender inventariar la producción bibliográfica de Kelsen, algo que afortunadamente pudo hacer su amigo y biógrafo Rudolf Métall —quien en 1969 dio a conocer la cifra de 604 títulos entre libros y ensayos del fundador de la Escuela de Viena— en seguida se transcribe las más conocida producción de Hans Kelsen. Esta información procede de tres fuentes: en primer lugar de la obra de Rudolf Aladár Métall, *Hans Kelsen, leben und werk*; en segundo de la bibliografía proporcionada por Rober Walter, del Instituto Kelsen de Viena a Óscar Correas, publicada en el Otro Kelsen, la traducción de esta bibliografía corresponde a Jean Hennequien; y en tercero de

Teoría pura del derecho, evolución y puntos cruciales, de Mario G. Losano.

Algunas de estas obras aún no traducidas al castellano.

PRODUCCIÓN BIBLIOGRÁFICA DE KELSEN

1905. *Teoría del Estado de Dante Alighieri* [Su tesis de licenciatura, Cuaderno, No. 3, Volumen 6º., Estudios Vieneses de Ciencia Política, editado por Bernatzik]
1907. *Comentarios al Nuevo Orden Electoral del Parlamento Imperial Austriaco* [Sin dato de su publicación]
1907. *Dos ensayos de derecho constitucional* [Sin dato de su publicación]
1911. *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado (desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica)* [Su primera gran obra, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) de Tübingen. En 1923 hubo una segunda edición, publicado recientemente en castellano por la Editorial Porrúa]
1911. *Acerca de las fronteras entre el método jurídico y el método sociológico* [Ponencia presentada ante la Sociedad de Sociología de Viena. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 64 pp., No. 12. Publicada en castellano, sin referencia al nombre del traductor, en *El otro Kelsen*, IIIJ de la UNAM, pp. 283-317]
1912. *Contribución a la sociología del derecho. Algunas consideraciones críticas* [Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik, tomo 34, pp. 601-614]
1912. *Industrias extractivas de Rumania* [Sin dato de publicación]
1913. *Descuentos de crédito en contabilidad* [Sin dato de publicación]
1913. *El ilícito estatal* [Sin dato de publicación]
1913. *Dios y el Estado* [Logos, tomo II, pp. 261-284, traducido del alemán al castellano por Jean Hennequin, publicado en *El otro Kelsen*, IIIJ de la UNAM, pp. 243-266]
1913. *Hacia una doctrina del negocio jurídico público* [Sin dato de publicación]
1913. *Hacia una doctrina de la ley en sentido formal y en sentido material*

- [sin dato de publicación]
1913. Concepción política del mundo y educación [Annalen für soziale Politik und Gesetzgebung, tomo 2, pp. 1-26]
1914. Ley imperial y ley local según la Constitución Austriaca [Sin dato de publicación]
1914. Funda la Revista de Derecho Público.
1914. La idea de Estado según la sociología del derecho [Traducción de Karel Englis. Sbornik ved právních a státních, tomo 14, pp. 69-101] Hacia una reforma de los fundamentos constitucionales del ejército austrohúngaro [publicado durante la Guerra, sin dato ni fecha de su publicación]
1915. Una fundamentación de la sociología del derecho [Archiv für Sozialwissenschaft Socialpolitik, tomo 39, pp. 839-876]
1916. República [Archiv für Sozialwissenschaft und Socialpolitik, tomo 42, pp. 850-853]
1916. Conclusión [Archiv für Sozialwissenschaft und Socialpolitik, tomo 42, pp. 611, pp. 611]
1920. El problema de la soberanía y la teoría del derecho internacional [Tübingen, J. C. B. Mohr. A decir de Rudolf Métall, por primera vez en este libro aparece la expresión de "teoría pura del derecho"]
1920. Esencia y valor de la democracia [Reeditada en 1929, traducida al castellano en 1934 por Rafael Luengo Tapia y Luis Lagaz y Lacambra por Editorial Labor, Barcelona]
1921. El concepto de Estado de la sociología comprensiva [Zeitschrift für Volkswirtschaft und Sozialpolitik, Neue folge, tomo I, pp. 104-119, publicada en castellano en El otro Kelsen, IIIJ de la UNAM, pp. 267-281]
1922. El concepto de Estado según la sociología y el derecho. Una investigación crítica de las relaciones entre Estado y derecho [Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), IV, 253 pp]
1922. Estado y derecho. Acerca del problema del conocimiento sociológico o jurídico del Estado [Vierteljahresschrift für Soziologie, Serie A: Soziologische Hefte, Año 2, pp. 18-37]
1922. El concepto de Estado y la psicología social, teniendo como referencia especial la teoría de las masas, según Freud [Imago, VIII, pp. 97-141. Traducción al castellano de F. Luce, publicada en El otro Kelsen, IIIJ de la UNAM, pp. 333-372]
1923. Socialismo y Estado, una investigación sobre la teoría política del marxismo [Leipzig, en 1920 apareció la primera edición de esta obra, la segunda edición es reformada, traducida al castellano de la

- 2ª edición del alemán por Roberto Racinaro , Editorial Siglo XXI]
1923. La teoría política de Otto Bauer [Die österreichische Revolution, Viena, Wiener Volksbuchhandlung]
1925. Formas de Estado como formas de derecho [Sin datos de su publicación]
1925. Teoría General del Estado [Berlín, Springer. Traducida del alemán al castellano por Luis Lagaz y Lacambra, publicada en México por Editorial Nacional, pp. 544]
1925. Problemas del parlamentarismo [Viena-Leipzig, W. Braumüller]
1926. La idea del Estado [Sin dato de publicación]
1926. Contribución a la sociología de la democracia [Der österreichische Volkswirt, Año 19, Primera parte, pp. 209-211, 239-242]
1927. La ejecución federal [Sin dato de su publicación]
1927. El concepto de ley [Sin dato de su publicación]
1927. La idea de derecho natural [Zeitschrift für öffentliches Recht, tomo 7, 1927/1928, pp. 221-250. Traducción al castellano de Francisco Ayala, Editora Nacional]
1928. La justicia constitucional [Sin dato de su publicación]
1928. Derecho natural y derecho positivo. Una investigación de sus relaciones mutuas [Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts, Año 2, 1927-1928, pp. 71-94]
1928. Los fundamentos filosóficos de la doctrina del derecho natural y del positivismo jurídico [Conferencias de filosofía, publicadas por la Kant-Gesellschaft, 31, Charlottenburg: Pan-Verlag Rolf Heise, 78 pp.]
1931. ¿Quién debe ser el defensor de la constitución? [Publicación en castellano por Editorial Tecnos, Madrid 1995. Se refiere al debate que tuvo con Carl Schmitt, Kelsen sostiene que el defensor de la constitución debe ser un órgano independiente, en tanto que Schmitt sostiene a que ese defensor debe ser el titular del poder político]
1931. La justicia en Platón [Utrechtsch Dagblad]
1933. La justicia platónica [Kant-Studien, tomo 38, pp. 91-117. Traducción al castellano de Luis Lagaz y Lacambra, Editora Nacional]
1933. El amor platónico [Imago, tomo 19, pp. 39-98, 225-255]
1933. La política heleno-macedónica y la "política" de Aristóteles [Zeitschrift für öffentliches Recht, tomo 13, pp. 625-678. Traducción al castellano de Luis Lagaz y Lacambra, Editora Nacional]
1933. La teoría pura del derecho. Método y conceptos fundamentales [publicada en castellano por la Revista de Derecho Privado, Madrid, esta obra comprende algunos aspectos fundamentales de la Teoría pura

- del derecho, que aparecería publicada en alemán en 1934]
1934. Teoría pura del derecho [Primera edición, traducida del alemán al castellano por la Editorial Losada, de Buenos Aires]
1936. El alma y el derecho [1er. Annuaire de l'Institut International de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique, pp. 60-28, París: Recueil Sirey, 1936, No. 205. Traducción al castellano de Teresa Martínez Terán, publicada en El Otro Kelsen, III de la UNAM, pp. 319-331]
1939. El surgimiento de la ley de causalidad a partir del principio de retribución [The Journal of Unified Science, tomo 8, pp. 69-130. Traducción al castellano de Francisco Ayala, Editora Nacional]
1941. El derecho como técnica social específica [The University of Chicago Law Review, tomo 9, No. 230, pp.75-97 traducción al castellano de Albert Calsamiglia, en ¿Qué es justicia?, Editorial Ariel]
1941. Retribución y causalidad. Una investigación sociológica [The Hague: W. P. Van Stockum; Chicago: The University of Chicago Press. XII, 542 pp. (Debido a las circunstancias políticas esta obra apareció publicada hasta 1946)]
1941. La teoría pura del derecho y la jurisprudencia analítica [Harvar Law Review, vol. 54, No. 1, traducción al castellano de Eduardo A. Coghlan, Editora Nacional]
1942. Los juicios de valor en la ciencia del derecho [Journal of Social Philosophia and Jurisprudencia, vol. 7, No. 4. Traducción al castellano de Guillermo García Máynez, Editora Nacional]
1943. Sociedad y naturaleza. Una investigación sociológica [Chicago: The University of Chicago Press, VIII, 391 pp]
1943. El contrato y el tratado analizados desde el punto de vista de la teoría pura del derecho [Conferencia que iba a dictar Kelsen en la Escuela Nacional de Jurisprudencia de la UNAM en los meses de enero y febrero de 1943, finalmente no pudo asistir, pero envió su escrito, traducido del inglés al castellano por Eduardo García Máynez, publicada por la Editorial Nacional, pp.164]
1943. La paz por el derecho [Journal of legal and political Sociology, vol. 2, reeditado en 1944 con ampliaciones en Chapel Hill: The University of North Carolina Press. Traducción al castellano de Constantino Ramos, Editora Nacional]
1945. Teoría General del Derecho y del Estado [Cambridge, Mass. Traducida del inglés al castellano en 1949 por Eduardo García Máynez, Ed. UNAM, pp. 478]
1946. Retribución y causalidad. Una investigación sociológica [Escrito seis

- años antes de su publicación. The Hague: W. P. van Stockum: Chicago: The University of Chicago, Press, XII, 542 pp]
1947. Las metamorfosis de la idea de justicia. Interpretaciones de las filosofías modernas del derecho. Ensayos en honor de Roscoe Poud [New York: Oxfor University Press, pp. 390-418]
1948. El absolutismo y relativismo en filosofía y en política [De American Political Science Review, octubre de 1948. Traducción al castellano de Albert Calsamiglia, en ¿Qué es justicia?, Editorial Ariel]
1949. La doctrina del derecho natural ante el tribunal de la ciencia [The Western Political Quarterly, tomo 2, pp. 481-513. Traducción al castellano de Albert Calsamiglia, en ¿Qué es justicia?, Editorial Ariel]
1950. Causalidad e imputación [De Ethics, traducción al castellano de Albert Calsamiglia, en ¿Qué es justicia?, Editorial Ariel]
1951. Ciencia y política [The American Political Science Review, No. 45, pp. 641-665. Traducción al castellano de Albert Calsamiglia, en ¿Qué es justicia?, Editorial Ariel]
1952. Principios del derecho internacional [Sin dato de su publicación]
1953. La idea de justicia en las Santas Escrituras [Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico, tomo 22, 1952/1953, No. 305, pp. 1-63]
1953. ¿Qué es justicia? [Wien, F. Deuticke, IV, No. 310, pp. 47. Este ensayo fue dictado por Kelsen como conferencia de despedida de la planta docente de la Universidad de Berkely, el 27 de mayo de 1952]
1953. La idea de justicia según las doctrinas de la teología cristiana. Un análisis crítico de la “justicia” de Emil Brunner [Studia Philosophica (Basel), tomo 13, pp. 157-200]
1954. Causalidad e imputación [Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht, tomo 6, pp. 125-151]
1956. Una teoría “dinámica del derecho natural [Lousiana Law Review, tomo 16, No. 320, pp. 597-620]
1957. Platón y la doctrina del derecho natural [Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht, tomo 8, No. 328, pp. 1-143]
1957. La doctrina aristotélica de justicia [Berkely, Los Angeles: University of California, Press, pp. 110-136]
1957. What is justice? Justice, Law and Polities in the Mirror of Science, Collected Esays, Berkely, Los Angeles, 1957.
1960. Teoría pura del derecho [2ª. edición con correcciones y adiciones, Zeweite, vollständing neu bearbeitete und erwiterte Auflage, 1960. En México se tradujo del alemán al castellano por José. J. Vernengo, para la UNAM en 1979, es decir, 19 años después de su publicación en alemán]

1960. Introducción a la teoría pura del derecho [Conferencia dictada por Hans Kelsen en la Facultad de Derecho de la UNAM, traducida del inglés al castellano por Emilio O. Rabasa, publicada por Editora Nacional, pp. 100]
1961. La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico [Revista Jurídica de Buenos Aires, Cuaderno, No. 4, pp. 7-45.
1962. El fundamento de la doctrina del derecho natural [Die Neue Ordnung, Año 16, Cuaderno 5, pp. 321-327.
1963. El fundamento de la doctrina del derecho natural. El derecho natural en la teoría política [Centro internacional para la investigación de cuestiones fundamentales en ciencias, publicado por Franz Martin Schmölz: pp-1-37; discusión: pp. 118-131, 141, 144, 147-162. Wien: Srpiger-Verlang]
1971. ¿Qué es justicia? (recolección de ensayos) [University of California Press, Berkely, California] [Publicada en castellano por la Editorial Ariel, 1982]
1973. Teoría general de las normas [Obra inconclusa, editada por D. Raidel Publishing Company Dordrecht-Holland/Boston, USA. En 1965 fue publicado su primer capítulo con el título Festschrift für C. Niperday, vol 1, Munich-Berlín, pp. 57-70. Recientemente apareció una traducción al castellano por la editorial Trillas]

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS



UUANL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

®

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

CAPÍTULO PRIMERO

EL FORMALISMO JURÍDICO

SUMARIO: 1. EL FORMALISMO JURÍDICO. 2. EL OBJETO MATERIAL Y FORMAL DE ESTUDIO. 3. EL PROCESO DE ABSTRACCIÓN Y SU UTILIDAD. 4. LA ABSTRACCIÓN BÁSICA DE LA CIENCIA JURÍDICA, DESDE LA PERSPECTIVA KELSENIANA.

1. EL FORMALISMO JURÍDICO. Hans Kelsen es considerado como el mejor representante del formalismo jurídico. ¿Pero qué debe entenderse por formalismo jurídico? No hay una sola respuesta para esta interrogante. Mas esto no es lo grave, sino que en la mayoría de los textos donde se forman los profesionales del derecho se pasa por alto el análisis en detalle del significado «formalismo», con relación a la generalidad de las ciencias y como instrumento conceptual, entre ellas la ciencia del derecho. En otros más se hace uso sólo de la expresión formalismo jurídico. Sin ponderar siquiera el hecho de que independientemente de la postura epistemológica que se sustente, toda ciencia requiere para su construcción como tal, tanto del formalismo como de la «formalización» de su lenguaje¹ —lo último es deseable, por lo menos hasta un cierto grado—, en el salón de clase se da por sabido el significado de esta corriente del pensamiento jurídico y de inmediato se procede a estigmatizarla, porque según se dice en el discurso dominante del derecho que pretende justificar esta manera de proceder, la misión del formalismo jurídico es escapar de la realidad, de ahí que se considere que no vale la pena dedicarle mayor tiempo.

¹ La formalización consiste en la transcripción de una teoría en un lenguaje formal, para lo cual se requiere el uso de un sistema formal apropiado, pero sólo los conceptos de las teorías altamente desarrolladas son susceptibles de formalización, cuyo propósito es probar la coherencia y consistencia de cualquier ciencia.

Esta percepción equivocada del formalismo jurídico ha originado que el paroxismo que no pocas veces se libera en el salón de clase, intente por todos los medios hacer aparecer a la *Teoría pura del derecho*, inscrita dentro de esta perspectiva, como “...una de las formas más radicales de la deshumanización del Derecho”². O bien, para otros cuya concepción teórico-jurídica ya ha sido refutada por la historia, no resulta necesario levantar barricadas contra tan perniciosa doctrina, pues al fin y al cabo todo derecho es burgués y pronto habrá de desaparecer para dar paso a la sociedad comunista (E. B. Pashukanis), por lo que hasta se puede hacer uso de la *Teoría pura* como contraejemplo caricaturesco de la auténtica teoría general del derecho planteada por el marxismo, como en el diálogo escenificado por Julio Ofner entre un jurista con un legislador: “Nosotros no sabemos, y eso tampoco nos preocupa —dice el jurista al legislador— que tipo de leyes deben ustedes decretar. Eso pertenece al arte de la legislación que nos es extraño. Decreten las leyes como mejor les parezca; cuando lo hayan hecho les explicaremos en latín de qué tipo de leyes se trata”³.

Como si Kelsen, uno de los artífices del proceso de pacificación y transición de la monarquía austroúngara a la República de Austria, el creador del primer auténtico tribunal constitucional de la historia⁴—el Tribunal de la

² Así abre Eduardo Pallares la presentación de su libro titulado *El derecho deshumanizado*. Y más adelante advierte: “Los principios en que esta misma filosofía se sostiene y las consecuencias sociales que de ella misma son tan graves y tan contradictorios, en mi humilde opinión, al Derecho Natural y a la causa de la libertad, que urge contrarrestar los efectos de la enseñanza del sistema kelseniano, que se imparten en el centro máximo de nuestra cultura jurídica”. (Pallares, Eduardo, *El derecho deshumanizado*, Ed. Botas, México, 1944, p. 7.).

³ Julius Ofner, autor citado por E. B. Pashukanis (Pashukanis, E. B., *La teoría general del derecho y el marxismo*, p. 29, Ed. Grijalbo, Col. T y P, No. 27, México, 1976.).

⁴ Kelsen fue designado por el voto unánime de todos los representantes de partidos políticos integrantes de la Asamblea Nacional, como juez del Tribunal Constitucional para el período 1921-1930, sin embargo fue removido de su cargo un año antes. La causa principal de su remoción, junto con la recomposición de todo el

Constitución Federal de Austria—, el juez vitalicio de ese tribunal, el teórico de la democracia, el teórico de la política y el filósofo del derecho, hubiera intentado alguna vez escapar de la política jurídica y refugiarse en cualquiera de las concepciones ya inventariadas por muchos del formalismo «legalista», para escapar de la realidad. Tan no es así que en el transcurso de toda su obra dejó innumerables testimonios de la asunción de su compromiso con la política jurídica y la función legislativa, ahí está el *Valor y esencia de la democracia* (1920), *Problemas del parlamentarismo* (1925), ahí está también el debate que sostuvo en 1931 con Karl Schmitt sobre la defensa de la constitución, por citar algunas de sus obras que demuestran todo lo contrario de lo que se le acusa a este pensador. ¿Todo esto no es algo que tiene que ver con la política jurídica, es decir, con el contenido de las normas jurídicas?

Pues bien, para entrar en detalle y aunque resulte ser una verdad de perogrullo, hay coincidencia en que la denominación de formalismo se aplica a cualquier doctrina que apela a la «forma» como uno de los fundamentos principales de validez científica. ¿Pero qué significado tiene la expresión forma? Sería prolijo elucidar sobre cada una de las diferentes acepciones que en los distintos contextos filosóficos ha adquirido dicha expresión en la milenaria historia de la filosofía. Baste con referir que a partir de Platón la idea de forma aparece como principio que determina la razón y el orden del universo, con lo que en dicho autor este concepto adquiere tanto el carácter ontológico como gnoseológico. En Aristóteles la idea de «forma» se

Tribunal —cuya mitad de sus miembros era designada por la Asamblea Nacional y la otra mitad por el Senado— fue su política jurídica que sostuvo como juez y de manera determinante con relación a cuestiones de competencia sobre dispensas del matrimonio católico, indisoluble para la Iglesia pero no para la política jurídica del Estado, lo que con el repunte que en ese tiempo tuvo el Partido Social-Cristiano frente al Partido Social-Demócrata, se dieron reformas a la Constitución para hacer cambios en el Tribunal Constitucional.

contrapone pero a la vez se vincula a la de «materia», pues para este filósofo todas las cosas están compuestas de materia y forma.

Mas éste no es el sentido que aquí debe dársele al concepto forma, ni tampoco el otorgado por la escolástica ni en el de ninguna otra corriente filosófica prekantiana, sino el que este concepto adquiere precisamente a partir de Kant. Más precisamente el que se le ha otorgado en el siglo XX por lógicos y matemáticos. Es decir, como una relación (o conjunto de relaciones) regidas por reglas de formación y transformación que mantiene su constancia, independientemente de la variación de los términos entre los cuales media⁵.

Esto es en lo que respecta al concepto forma. Ahora bien, en este siglo se ha llamado con mayor insistencia «formalismo» (jurídico, lingüístico, sociológico, etcétera) a toda corriente del pensamiento que privilegia la forma, independientemente de la postura filosófica, metodológica y epistemológica en que se sustente, como criterio fundamental de validez científica. Hay que añadir que éste es el significado de un concepto que nació en el seno de la filosofía y que de allí gracias al desarrollo de las matemáticas se trasladó al de

⁵ Cabe señalar que Bobbio establece una diferenciación muy precisa entre las teorías formales del derecho y las teorías que perciben el derecho como forma, las primeras son aquellas posturas que apelan "...a una forma (generalmente constante) respecto a un contenido (generalmente variable), las cuales, en los términos que se plantea en esta tesis son susceptibles de formalización; las segundas, en cambio, son aquellas "...que definen el derecho como forma o hacen de éste mismo un aspecto o un momento formal de una realidad más amplia". Y pone como ejemplo de las teorías del derecho como forma a la doctrina sobre el derecho de Emmanuel Kant, para quien el concepto derecho posee tres notas esenciales, las cuales son extraídas del tipo específico de relaciones intersubjetivas que el derecho constituye y abarca: la exterioridad, la reciprocidad y la formal. (Bobbio, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, Tr. Ernesto Garzón Valdés], Ed. Fontamara, Segunda edición, México, 1992, pp.18-19 y ss.).

En la manera como aquí se plantea este problema dista mucho del punto de vista de Bobbio, pues "forma" y "formalismo", independientemente de sus tendencias, son vistas como el desarrollo de un proceso que, específicamente a partir de Kant, condujo a la formalización desarrollada por la matemática en este siglo.

la ciencia para tratar de formalizar las teorías conceptuales, adquiriendo de esta manera un sentido distinto.

Pero como producto de la ideologización del derecho que se produce y se reproduce en las prácticas de las distintas profesiones jurídicas, el concepto formalismo también posee otros significados en el lenguaje jurídico que nada tiene que ver con el que le otorga la ciencia, los cuáles, por cierto, ya han sido lo suficientemente inventariados y expuestos magistralmente por Norberto Bobbio, y antes que Bobbio por F. Carneluti y G. Terello y R. Orestano, entre 1950 y 1954⁶.

En el estudio de Bobbio aparecen cuatro diferentes acepciones sobre la expresión formalismo jurídico. La primera se refiere a una cierta teoría de la justicia, a una de tantas teorías que en la sociedad mexicana posee mayor influencia y aceptación entre los operadores del derecho, según la cual un “...acto justo es aquel que es conforme a la ley, e injusto aquel que está en desacuerdo con ella. [...] Esta concepción de la justicia se llama ‘formal’ — sentencia el autor citado— porque define la acción justa como cumplimiento del deber, el hombre justo como aquel que cumple con el deber propio, prescindiendo completamente de toda consideración en torno a la naturaleza o al fin del deber⁷”. La segunda y la tercera se refieren a la concepción del derecho como forma, a la teoría formal del derecho y al derecho como ciencia formal, las cuales a diferencia de la primera poseen cierta vinculación entre sí.

Son estas últimas dos acepciones las que se privilegian para su exposición y análisis en esta tesis, sobre todo, la tercera. El formalismo jurídico como teoría de la justicia, en cambio, no se aborda. La cuarta se refiere a la interpretación formal de la ley, concepción que se analizará hasta

⁶ Bobbio, ob. cit. P. 35.

⁷ Bobbio, pp. 13-14.

el sexto capítulo para demostrar que en la *Teoría de la interpretación*, propuesta por Kelsen no aparece una concepción formal de la interpretación de la ley, algo sobre lo que también sus críticos suelen omitir o bien se le etiqueta como formalista, cuando que en realidad Kelsen en materia de interpretación éste asume una postura constructivista, con la cual se hurga en reino del Sein (ser) para a partir de allí, por un acto de voluntad y de manera constructivista poder llegar al reino del Solen (deber ser) con la formulación de una norma jurídica individual.

Visto lo anterior, y para ahondar en la idea de forma y la teoría formal, o bien en la ciencia del derecho como ciencia formal, objetivo de este primer capítulo, ahora véase lo siguiente: si se acepta que el derecho es un sistema de normas que regulan algunas de las conductas externas de los seres humanos en sus relaciones sociales, es decir, aquellas que son consideradas socialmente como de mayor relevancia, y si además de lo anterior el derecho es visto como un fenómeno observable, de inmediato aparece por lo menos, a parte de un conjunto de normas, los siguientes elementos: 1) una catalogación y clasificación de esas normas jurídicas, de acuerdo a la materia que regulan y de acuerdo a su ámbito de validez; 2) un tronco común llamado constitución, el cual se constituye en criterio de validez, unidad y coherencia del sistema de normas u orden jurídico; 3) o bien, desde la perspectiva kelseniana, una norma fundante básica (Grundnorm) presupuesta, no impuesta por ninguna autoridad, la cual, como regla metajurídica de producción de derecho, tiene como propósito proporciona coherencia y unidad al ordenamiento jurídico, así como posibilitar consensos, 4) un contenido contingente de juicios de valor de muy diversa índole que se expresa a través de esas normas jurídicas, y ello no sólo como consecuencia de la diferencia de culturas sino también debido a la

materia que las distintas normas pertenecientes a un mismo sistema jurídico regulan; 5) una forma normativa.

Ahora bien, el contenido de las normas jurídicas, su clasificación, catalogación, su norma fundante básica, e incluso su interdependencia de cualquier sistema jurídico, siempre aparece como algo contingente o variable, pero no así su forma normativa, lo cual permanece invariable, uniforme, no contingente⁸.

Así mismo ponderese que en todas las ciencias se tiene como uno de los objetivos principales llegar a la formulación de juicios universales, no particulares o contingentes. Y eso mismo es lo que los científicos del derecho tienen como su principal propósito, ello independientemente de los distintos paradigmas dentro de los cuales realizan sus investigaciones. De ahí que para el formalismo jurídico la característica esencial del derecho sea su forma normativa. Al margen del contenido de las normas jurídicas, al margen de la idea de justicia y también al margen de los factores reales de poder que determinan en un momento dado que un valor y no otro sea elevado a la categoría de ley, el derecho siempre aparece como *norma* (o sistema de normas) que invariablemente mantiene la misma forma.

A esta conclusión llega Norberto Bobbio y al respecto dice lo siguiente: “Se llaman ‘formalistas’ aquellas teorías que presentan el derecho como una forma (generalmente constante) respecto a un contenido (generalmente variable)”⁹. A lo que agrega que todas las teorías del derecho, por el hecho de pretender otorgar una noción lo más amplia posible del derecho, y para lo cual algunos juristas resaltan los aspectos más constantes del mismo, por lo que

⁸ Sobre este punto véase a Correas, Óscar, *Introducción a la crítica del derecho moderno (esbozo)*, Ed. Universidad Autónoma de Puebla y Universidad Autónoma de Guerrero, Col., *Crítica Jurídica*, México, 1982, pp. 9-14.

⁹ Bobbio, p. 18.

quienes así proceden, desde este punto de vista todas las teorías que así proceden son formales.

De esto resulta que si se apela a la *forma normativa* como característica esencial del derecho, prescindiendo de su contenido, es decir, de los juicios de valor inmersos en las normas que invariablemente mantienen su pretensión de validez universal, de cualquier idea de justicia, de los fines que persiguen o supuestamente persiguen las normas jurídicas, de su catalogación y clasificación, de los debates o gritos que se suscitaron en la asamblea legislativa para tratar de otorgar un determinado sentido a una norma jurídica y no otro (que es lo que le preocupa a Julius Ofner), y si prescinde además de la eficacia y efectos de poder que las normas producen en la sociedad, así como de los factores políticos, económicos, sociológicos o psicológicos que en un determinado momento influyen sobre el proceso de producción de las normas jurídicas, etcétera, todo lo cual para quedarse tan sólo con la forma normativa como característica esencial del derecho, entonces se asume la postura teórica conocida como *formalismo jurídico*.

Pero no es cierto como lo sostienen los críticos de Kelsen, entre ellos el jurista Mario G. Losano que se ha venido citando, que “...las normas jurídicas de Kelsen tienen un valor puramente formal, porque están separadas de toda experiencia social”¹⁰. No es así. Pues si bien es cierto que las categorías kantianas son puras formas del pensamiento y que Kelsen parte de la concepción gnoseología de los neokantianos para el establecimiento de la diferenciación entre el Sein (ser) y Sollen (deber ser), también lo es —como el mismo Losano lo llega a reconocer, aunque con reproches dirigidos a Kelsen por supuestas incongruencias— que el fundador de la *Teoría pura del*

¹⁰ Losano, Mario G. , *Teoría pura del derecho, evolución y puntos cruciales* [Tr. Jorge Guerrero R.], Ed. Temis, Bogotá, Colombia, 1992, p. 9

derecho, de inmediato fija su postura frente a Kant, yendo más allá que éste en cuanto a una concepción que trasciende la mera forma, precisamente a través de la formulación teórica de la Grundnorm.

Pues bien, aclarado lo anterior y antes de pasar al siguiente punto, es conveniente desvanecer un malentendido muy peculiar sobre Kelsen, que a decir verdad no se sabe hasta que grado pudiera generar confusiones, sobre todo en el proceso enseñanza-aprendizaje que se genera en las facultades y escuelas de derecho. Consiste en la afirmación de que formalismo jurídico y la lógica jurídica es lo mismo: “Aunque no puede decirse que haya construido en todas sus piezas la teoría de la ciencia jurídica —dice Enrique R. Aftalión, del Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social, refiriéndose a la obra de Hans Kelsen—, la ha hecho posible al suministrar a los juristas un *instrumento* que les era indispensable para que su saber adquiriera plena jerarquía científica: la lógica jurídica”¹¹.

Este tipo de confusiones tal vez se deba al aislamiento en que por tradición se ha mantenido a la ciencia jurídica del desarrollo de las ciencias formales y sociales, alejamiento que en cierta forma también se ha dado respecto a los problemas de la epistemología, y la epistemología jurídica en particular. Kelsen no es lógico. Nunca lo fue. Lo que no quiere decir que haya ignorado la lógica, pues como se sabe, él frecuentó el Círculo de Viena, en donde concurrían algunos de quienes hicieron progresar la lógica y la matemática en este siglo, gracias a lo cual fue posible que 20 años después, en 1951, un grupo de investigadores dieran a conocer sus primeros informes sobre lo que es propiamente la lógica jurídica, o lógica deontica, o lógica de

¹¹ Esta tesis completamente fuera de contexto y de sustento la sostiene el autor citado en su presentación que hace al libro de Kelsen, Hans, *La idea del derecho natural y otros ensayos*, [s/Tr.], Editorial Nacional, México, 1979, p. 7.

proposiciones normativas¹², como también se le conoce. Pero Kelsen nada tuvo que ver con eso, como nada tiene que ver el formalismo jurídico, como corriente del pensamiento jurídico, con la lógica jurídica, aunque en un determinado momento la lógica jurídica, previa matematización de aspectos significativos y cualitativos, pudiera construir modelos aplicables a los sistemas semántico-jurídicos con lo que sería posible la formalización de las categorías y conceptos fundamentales de la *Teoría pura del derecho*, pero esto es algo sobre lo que al parecer Kelsen no se vio muy atraído en los últimos años de su vida. Y no porque desconociera el impacto que produjo en el derecho el auge de la lógica jurídica a partir de los 50's, sino porque como se verá en detalle en el capítulo quinto, Kelsen tuvo muy claro que las decisiones judiciales se derivan de un acto de voluntad y no de la aplicación de las reglas de la lógica, además nunca tuvo duda de que "...la decisión judicial basada en la analogía no es deducción sino establecimiento de nuevo derecho¹³", derecho que, desde luego, se produce en un acto de voluntad del juzgador en el proceso de aplicación e individualización de las normas jurídicas y no por la aplicación de las reglas de la lógica a las decisiones judiciales, y esta percepción, en opinión de Óscar Correas, en réplica a Mario G. Losano, es una de las principales constantes de Kelsen durante toda su vida intelectual¹⁴.

2. EL OBJETO MATERIAL Y FORMAL DE ESTUDIO. Sin la definición y delimitación de un objeto «material» y «formal» de estudio ninguna ciencia se

¹² El surgimiento de la lógica jurídica se debe a los nombres de Von Wright, J.C.C, Mckinsey, Alf Ross, A. R. Anderson, R. Blanche y Eduardo García Máynez, entre otros, y ésta sólo se pudo constituir como tal en el momento en que pudo ser posible establecer sus fundamentos y formalismo propios, semejantes a los de la matemática. Pero para llegar a este punto, la lógica jurídica comenzó a desarrollarse paulatinamente a partir de la lógica modal, por lo que algunos lógicos la siguen considerando como una rama de la lógica modal.

¹³ Citado por Losano G. Mario, *Teoría pura del derecho, evolución y puntos cruciales*, p. 63.

¹⁴ Correas, Óscar (compilador), *El otro Kelsen*, Ed. IJ de la UNAM, México, 1989, p.p. 50-51.

constituye como tal. El objeto material es el conjunto de hechos, fenómenos, procesos o cosas, que con base a criterios científicos es elegido para su estudio. Éste puede ser el mismo de varias disciplinas científicas, pero cada una de ellas aborda ese mismo objeto material compartido desde diferente enfoque o desde un diferente punto de vista, es decir, busca producir conocimientos distintos. Esta manera de ver a un mismo objeto material de estudio por distintas disciplinas científicas y de manera distinta o particular, constituye precisamente el objeto formal de estudio.

Dicho en otros términos, se llama objeto formal de estudio al «enfoque» diferente y particular que con base a criterios metodológicos cada disciplina científica hace sobre un mismo objeto material de estudio. Es cierto que el objeto material de estudio puede ser compartido por diferentes ciencias, pero no así el objeto formal; debido a que éste se constituye por el enfoque muy particular que con base a criterios metodológicos se hace desde cada ciencia, resulta materialmente imposible que haya dos ciencias que compartan un mismo objeto formal de estudio.

En el caso del derecho planteado desde la perspectiva de Hans Kelsen, cuando éste afirma que “...el objeto de la ciencia del derecho lo constituyen las normas, y también la conducta humana, pero sólo en la medida en que está determinada en las normas jurídicas como condición o efecto; en otras palabras, en cuanto la conducta humana es contenido de las normas jurídicas”¹⁵, resulta claro que el objeto al que aquí hace referencia el fundador de la escuela vienés es el objeto formal de estudio, no el objeto material de estudio, el cual viene siendo la conducta humana, compartido en este caso entre otras disciplinas por la psicología y la sociología.

¹⁵ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho* (Tr. Roberto J. Vernengo, traducido de la 2ª. Edición en alemán) Ed. Porrúa, México, 1991, p. 83.

Piénsese, por ejemplo, en las resoluciones judiciales sobre casos de divorcio en el Estado de Nuevo León durante la década 1980-1990. El divorcio es algo que tiene que ver con la conducta humana, y por tanto es algo de interés del derecho, puesto que ya se dijo que el objeto formal de estudio de esta disciplina es la conducta humana en cuanto sea contenido de las normas jurídicas. Pero la conducta humana vista como objeto material de estudio del derecho —y a la vez como objeto formal de estudio, desde un punto de vista muy específico que líneas arriba se ha hecho mención—, también lo es desde otros enfoques de la ética, de la sociología, la economía y psicología, entre otras disciplinas.

En el caso aquí planteado, cada una de éstas disciplinas comparten un mismo objeto material de estudio, consistente en las resoluciones judiciales sobre casos de divorcio en un periodo y en un lugar específico. Y cada una de ellas aborda este mismo conjunto de hechos, relacionados con la conducta humana, pero desde diferente enfoque o punto de vista. Todas comparten un mismo objeto materia de estudio, pero cada una de ellas define y delimita metodológicamente su propio objeto formal de estudio.

3. EL PROCESO DE ABSTRACCIÓN Y SU UTILIDAD. Tanto la definición y delimitación del objeto materia de estudio, como la construcción del objeto formal, requieren de un elaborado proceso de abstracción. Abstractar significa aislar (o desvincular) mentalmente los datos de los hechos (o fenómenos), los cuales en la realidad se encuentran normalmente relacionados entre sí. A primera vista el divorcio aparece como un dato simple que sólo tiene que ver con la ruptura del vínculo matrimonial, y por tanto con el derecho y con el mundo de los abogados. Pero no es así. Como ha quedado expuesto, este dato, al igual que cualquier otro aparece siempre vinculado a otros datos (o

elementos de un dato) del mismo hecho o fenómeno social denominado divorcio, hecho o fenómeno que puede ser de interés para la investigación de diferentes disciplinas. Por ejemplo la duración del proceso de divorcio, las etapas del proceso judicial en las cuales se tardan más estos juicios, las edades de los promoventes, las causales de divorcio invocadas, el criterio sustentado por los jueces para decretarlo o negarlo, con las causas afectivas que producen la ruptura del vínculo matrimonial, psicológicas, económicas, morales, o de cualquier otra índole, y entre muchos otros, con los costos sociales del divorcio y los efectos sobre los hijos.

Pero además, dependiendo del nivel de la abstracción en que el investigador de una disciplina determinada se ubique, un solo dato puede ser también objeto de abstracción para su conocimiento con mayor profundidad. Con otras palabras, con base a criterios no arbitrarios sino estrictamente metodológicos, se puede tomar uno o varios elementos de ese dato (o un determinado dato específico) para una mayor profundidad del saber, prescindiendo de todos los demás elementos de ese dato. Por ejemplo la luz.

Jamás se percibe sólo la sensación de luz. Junto con la luz se perciben también su color, su intensidad, su duración, etc., En este mismo dato, incluso, hay muchos otros aspectos de conocimiento que no son perceptibles a través de los sentidos, sino que para ello los científicos requieren de otros medios o dispositivos técnicos. Uno de esos aspectos lo son, por ejemplo, la velocidad de la luz y la identificación de la luz ultravioleta.

Quedado claro, entonces, que el proceso de abstracción no sólo posibilita establecer la diferenciación de una determinada disciplina científica con respecto a las demás, sino que al mismo tiempo, podría decirse que este proceso constituye el elemento *sine qua non* para la caracterización de cualquier ciencia. Dicho de otro modo: sin los procesos de abstracción jamás

sería posible la construcción de los objetos material y formal de estudio de cualquier disciplina científica.

Hay que agregar algo más. La abstracción científica no es azarosa ni mucho menos caprichosa, como ocurre con la abstracción producida por los sentidos del hombre común¹⁶ en sus relaciones con el mundo que le rodea. Todo lo contrario. En la abstracción científica, si lo es realmente, no hay nunca espontaneidad ni nada parecido a los procesos aleatorios; aunque en la investigación científica, no se excluyen los procesos aleatorios, siempre y cuando el azar esté sujeto a criterios metodológicos. En síntesis, para concluir este punto, la abstracción científica es siempre una abstracción que los científicos dirigen bajo criterios metodológicos y epistemológicos. La abstracción científica es, por tanto, un proceso complejo.

4. LA ABSTRACCIÓN BÁSICA DE LA CIENCIA JURÍDICA, DESDE LA PERSPECTIVA KELSENIANA. Para proporcionar coherencia y consistencia a las teorías científicas lo deseable es que se logre un cierto grado de su formalización, se ha dicho en páginas anteriores, ahora hay que agregar lo siguiente: toda formalización es precedida necesariamente de un alto nivel de abstracción, el cual como ya se dijo se realiza con base a criterios de científicidad, por lo que si se pondera todo esto, y sin ahondar aún siquiera en la estructura propia del sistema kelseniano, se puede concluir que los reproches al formalismo kelseniano por ser una doctrina que supuestamente escapa de la realidad, carecen completamente de sustento.

¹⁶ La abstracción del hombre común es una abstracción natural porque en ella sus sentidos operan solamente para diferenciar los estímulos del mundo, pero sin posibilidades para ir más allá de las impresiones inmediatas para moverse en la cotidianidad del mundo que le rodea.

Abstraer significa aislar mentalmente datos (o variables) de un hecho, proceso o fenómeno concreto, trátase de la esfera de la naturaleza o de la esfera de la sociedad, los que normalmente —se ha dicho— no se encuentran desvinculados en la realidad, sino más bien mezclados o relacionados entre sí por el principio de causalidad o teleológicos. Todo abstracto, por más que a los ojos de cualquiera aparezca como algo «real» no es sino una reconstrucción racional de lo real, pero para que éste llegue a ser tal, es una exigencia epistemológica que la abstracción contenga rasgos generales de lo real. Por más elevada que sea la abstracción, aún en sus más altos niveles, lo abstracto jamás debe ser visto como una cosa independiente de lo real, y para la verificación de esa dependencia de lo abstracto a lo real se exige que el resultado de la abstracción sea sometido a la convalidación empírica o formal, o bien formal y empírica¹⁷. Esto no siempre es posible. Y no por ello, los enunciados que se deriven de un proceso de abstracción científica que no cumplan con el requisito de verificación empírica, deben ser considerados menos científicos o no científicos.

En otros términos, debido a que el procedimiento de abstracción invariablemente significa un alejamiento de la realidad, ya que es la única posibilidad que existe para penetrar la realidad «o lo real», es fragmentándola por medio de una visión mental, o más precisamente través de una abstracción

¹⁷ Este es el punto de vista del positivismo, mas en torno al problema del valor veritativo de los enunciados científicos existe toda una interminable polémica. Hay quienes sostienen que conocimiento científico no es sólo conocimiento demostrado, ya sea por el poder de la razón o el de la experiencia, o por ambos. Las posturas justificacionistas —que por conocimiento científico entienden conocimiento demostrado— están ya en retirada. Sin embargo, tanto empiristas como racionalistas clásicos y modernos siguen defendiendo criterios muy diversos para demostrar la verdad científica. Y al nivel de la enseñanza universitaria son los más socorridos. El probabilismo es una de las tendencias que hoy día posee mayor fuerza, y tiene como uno de sus principales contendientes el falsacionismo metodológico también de muy diversos matices. Grosso modo sostiene que si la verdad es indemostrable no lo es así la falsedad.

dirigida y controlada por criterios metodológicos. Luego, entonces, se tiene que concluir como otros lo han hecho, entre ellos Marx —pues es este un tema ampliamente tratado—, que lo «abstracto» es algo distinto a lo «concreto». Pero paradójicamente, sólo a través de ese alejamiento de lo real que se produce sólo por medio de la abstracción dirigida y su posterior retorno a lo real, es posible concebir los rasgos más o menos generales de lo concreto (o real), y para lograr ese propósito se requiere un proceso de resemantización que conlleva a la elaboración de lo concreto; un concreto (o real) muy distinto al percibido por los sujetos comunes a través de sus cosmovisiones, porque distintas son también las teorías que posibilitan dirigir los procesos de abstracción.

Piénsese por ejemplo en el DNA, si desde hace más de 50 años James Watson no hubiera iniciado en sus investigaciones todo un proceso de abstracción dirigida por criterios metodológicos —aunque resulte redundante, pues no hay investigación sin procesos de abstracción— que lo condujo en 1953 al descubrimiento de la estructura de la molécula del DNA (ácido desoxirribonucleico), hoy no sería posible a la criminología realizar pruebas del DNA para determinar la paternidad, o para identificar restos de cadáver a través de los conocimientos de la genética.

Tampoco sería posible diagnosticar con precisión un sinnúmero de enfermedades a través de pruebas del DNA, o identificar plenamente a un criminal por medio de la recuperación de residuos mínimos de líquido hemático que se sujeta a estudio por los expertos. Para que todo esto sea posible, es decir, para arribar a un conocimiento que expresa algo concreto como los referidos en los anteriores ejemplos, se requiere de elaborados y completos procesos de abstracción.

De igual forma sucede en la ciencia jurídica: si los operadores del derecho de cualquiera de las profesiones jurídicas se quedan en el nivel de lo concreto, en cuyo caso lo concreto se identifica casi siempre con aquello que posee una utilidad práctica, utilitaria e inmediata, sin intentar siquiera elaborar abstracciones sobre lo jurídico y la juridicidad con relación a experiencias concretas, no habrá posibilidad alguna de que se pueda diferenciar siquiera el «derecho» de la «ciencia del derecho», ni mucho menos sería posible identificar, en términos de Agustín Basave Fernández del Valle, las implicaciones y complicaciones entre lo jurídico y lo político; o bien establecer la diferencia entre la *quaestio iuris* y la *quaestio facti*, o diferenciar siquiera lo que es «norma jurídica» y su diferencia con respecto a «enunciado jurídico». Ni tampoco sería posible que se pueda establecer, bajo una visión meramente utilitaria, la diferencia entre lo que es la interpretación científica del derecho y de lo que es la interpretación del derecho que realizan los órganos jurídicos de aplicación del derecho.

Vale la pena abrir aquí un paréntesis para hacer referencia a que no obstante lo anteriormente expuesto, entre los operadores del derecho prevalece un marcado desprecio por todo aquello que significa abstracción y pensamiento teórico, desprecio que también se lanza contra quienes de alguna manera en su medio aparecen como teóricos.

El uso de la expresión “una cosa es la teoría y otra la práctica”, que es moneda corriente de manera particular entre jueces, abogados y agentes del Ministerio Público, significa que la teoría no es nada confiable para la solución de conflictos a través del derecho; entre otras razones porque la teoría que se enseñó en la escuela —así sea la de los clásicos o los modernos de la teoría jurídica— se cree que no sirvió para nada. O dicho de otra forma, porque esos conocimientos no sirvieron para resolver los acertijos que se

presentan en el ejercicio de la abogacía, judicatura o procuración de justicia, porque la práctica que se despliega en la vida es otra —se dice—, es muy distinta a la teoría que se enseña en la escuela. Y lo importante es la práctica; no la teoría.

Esta creencia se sustenta en la idea de que en la universidad no se aprende a ser operador del derecho, sino en la vida; tal idea tiene en la obra sobre deontología jurídica del jurista español Angel Ossorio, *El alma de la toga*, publicada en 1919 —y casi desde entonces convertida en la Biblia de los profesionales del derecho— su mejor vehículo de divulgación. “La enseñanza, tomada en serio —escribe Angel Ossorio— sólo ofrece el peligro de que el alumno resulte un teórico pedante; en la nuestra —se refiere a la profesión de abogados— hay la seguridad de que no produce sino vagos, rebeldes, destructores, anarquizantes y hueros. La formación del hombre viene después. En las aulas quedó pulverizado todo lo bueno que aportara el hogar”¹⁸.

Ni aún redimiéndose las facultades de derecho sería posible cambiar el panorama, “...el problema seguiría siendo el mismo —insiste Angel Ossorio— en un tiempo en el que la educación continua no era una preocupación de las naciones—, porque la formación cultural es absolutamente distinta a la profesional y un eximio doctor puede ser —iba a decir, suele ser— un Abogado detestable. ¿Por qué? Pues por la razón sencilla de que en las profesiones la ciencia no es más que un ingrediente. Junto a él operan la conciencia, el hábito, la educación, el engranaje de la vida, el ojo clínico”¹⁹. El pragmatismo y el utilitarismo puros, pues, por fortuna en los tiempos actuales cada día crecen más los opositores a este tipo de pragmatismo.

¹⁸ Ossorio, Angel, *El alma de la toga*, Ed. Orlando Cárdenas Editor, México, 1998, p. 15.

¹⁹ Ob. cit. Pág. 16.

Pues bien, ya cerrado el paréntesis y volviendo al punto, la única manera de penetrar la realidad con el propósito de producir conocimientos es por medio de un proceso (o procesos) de abstracción, sin lo cual no sólo se carecería de claridad científica sino que sería imposible construir una ciencia cualquiera, todas las disciplinas tenidas como científicas tiene que partir de la elaboración de una abstracción básica que constituye su base principal sobre la cual se desarrollan. Y la abstracción básica de la ciencia jurídica, planteada por Kelsen en la *Teoría pura del derecho*, es su forma normativa.

Se insiste: esto no significa que Kelsen dé la espalda a las realidades de hecho, de lo que tantas veces se le ha acusado. O que ignore o trate de ignorar que "...el *derecho* y el *poder* se conectan claramente como efecto y causa"²⁰, como bien lo señala el jurista español Gregorio Peces-Barba, refiriéndose a Kelsen. Nada de eso. Sólo que sin la determinación y delimitación del objeto formal de estudio —preocupación no sólo de Kelsen, sino de todos los científicos en sus distintas disciplinas—, lo cual éste enfrenta con criterios de pureza metodológica—, no es posible construir ninguna ciencia. Es ésta la principal razón, aunque no la única, de por qué de manera convencional Hans Kelsen asume, como abstracción básica de la ciencia jurídica, su forma normativa.

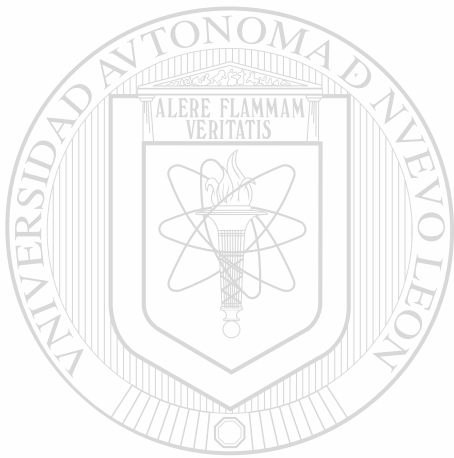
En el siguiente capítulo se verá con sumo detalle, en los dos primeros puntos, algunos de los tópicos del debate postkelseniano de los años 80, en el cual, a diferencia del sostenido por el propio Kelsen en contra sus adversarios

²⁰ "Sin perjuicio de otras matizaciones que acotan y perfilan esta posición como tendremos ocasión de ver —dice Gregorio Peces-Barba—, el Derecho válido fundamenta su validez, es Derecho, por su producción directa o indirecta —a través del reconocimiento de las normas producidas por otros o de la delegación a otros para producir normas— por el Poder Soberano. A su vez el Poder soberano del Estado, expresa el monopolio del uso legítimo de la fuerza a través del Derecho". (Gregorio Peces-Barba en *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Ed. Debate, 2ª. Edición, Madrid, 1984, p. 37 y ss.).

desde unos siete años después de la aparición de su primera gran obra, *Los problemas capitales de la teoría jurídica del derecho del estado, desarrollada con base en la doctrina de la proposición jurídica*, publicada en 1911, hasta aproximadamente el inicio de la década de 1970, pero sobre todo en los primeros años de la década de 1930 en países como Italia, las cosas han sido distintas.

Si antes apologistas y críticos de la *Teoría pura del derecho* se circunscribían a una serie de lugares comunes para refutar el pensamiento kelseniano, ahora afortunadamente las cosas han ido cambiando un poco. Es otro el nivel que el debate ha logrado alcanzar, sobre todo en temas como la argumentación e interpretación jurídica.

De ahí que las razones de naturaleza científica que se acaban de exponer respecto al por qué el fundador de la escuela de Viena optó por una *Teoría pura del derecho* que simultáneamente es también una *Teoría jurídica pura del Estado* —y que como antes se dijo, son exigibles a cualquier disciplina que se precie de ser científica—, no sean las únicas que se esgrimen en la obra de dicho pensador. Con todo y que por muchas décadas esto haya sido ignorado y que aún hoy día, el pensamiento kelseniano sólo se sigue usando en la mayoría de las facultades y escuelas de derecho sólo como contraejemplo de las posturas iusnaturalistas.



2 UANL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

®

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

CAPÍTULO SEGUNDO

LA PUREZA DEL MÉTODO, O ENTRE LA CIENCIA JURÍDICA Y LA POLÍTICA JURÍDICA

SUMARIO: 1. EL RECURSO DE LA PUREZA DEL MÉTODO. 2. EL DESARROLLO DE LA CIENCIA JURÍDICA: DE LA IDEA DE SUBSTANCIA A LA IDEA DE FUNCIÓN, Y DE LA IDEA DE FUNCIÓN A LA FORMULACIÓN DEL PRINCIPIO DE IMPUTACIÓN-ATRIBUCIÓN. 3. CIENCIA JURÍDICA Y POLÍTICA JURÍDICA. 4. CAUSALIDAD E IMPUTACIÓN-ATRIBUCIÓN. 5. EL DISCURSO DE LA NEUTRALIDAD IDEOLÓGICA.

1. EL RECURSO DE LA PUREZA DEL MÉTODO. Cuando a través del recurso de la pureza del método se percibe la forma normativa como la abstracción básica de la ciencia jurídica, con ello sólo se busca tratar de la manera cognitiva apropiada la conducta humana que, en términos de Kelsen, por un acto de derecho constituye el contenido de las normas jurídicas, y no desconocer la existencia de los vínculos que se establecen entre la ciencia jurídica y las disciplinas que explican los factores metajurídicos que en un determinado momento, determinan el contenido de las normas jurídicas: culturales, ideológicas, religiosas, económicas, políticas, psicológicas, etc.¹.

¹ Al respecto dice Kelsen en el prólogo a la Teoría General del Estado: “Cuando yo reconozco el orden jurídico como un sistema de normas y el Estado como orden jurídico (por lo cual sustituyó el orden causalista de la ciencia del Derecho y del Estado por el punto de vista normativo); cuando en lugar de la idea metafísica del Estado pongo su concepto trascendental y recalco los límites entre el contenido posible o real (positivo)

Para Kelsen es tan importante dar respuesta a los problemas planteados por la *Teoría general del derecho y del Estado*, desde donde formula conocimientos con pretensión de validez universal —pero no una validez absoluta ni mucho menos inamovible que contenga algún tipo de esencia del derecho y del Estado—, como también dar respuesta a los problemas planteados por la política jurídica. Pues sin una clara definición y explicitación de la política jurídica que está detrás de un orden jurídico cualquiera², o un

del Estado y su contenido “verdadero” o “justo”; cuando suprimo las distinciones —que por representar antítesis absolutas destruyen toda unidad— entre Derecho público y privado, subjetivo y objetivo, entre norma jurídica y sujeto de derecho, entre creación y aplicación de Derecho, etc., para no reconocerlas más que como diferencias de contenido dentro de un sistema cuya unidad es indestructible; en fin, cuando sólo pregunto por la significación objetiva del acto jurídico y no por su sentido subjetivo, sé que me pongo en contradicción con muchos autores de renombre. Y sin embargo, no hago más que desarrollar un germen que por doquiera se hallaba en estado de latencia. Yo creo haber acelerado el ritmo de la inevitable evolución de mi disciplina, poniendo en estrecho contacto la provincia algo lejana de la ciencia jurídica con el fructífero de todo conocimiento: la filosofía; lo cual permite la posibilidad de mostrar la conexión que media entre los problemas de la Teoría del Derecho y del Estado y las grandes cuestiones de otras ciencias”. (Kelsen, Hans, *Teoría General del Estado* [Tr. Luis Lagaz y Lacambra], Ed. Nacional, México, 1983, p. VIII)

² La Constitución Federal de Austria es un buen ejemplo de esa clara y precisa definición de la política jurídica que siempre está detrás de un orden jurídico, o un cuerpo legal cualquiera. Rudolf Aladár Metall, discípulo y albacea intelectual de Kelsen, refiere que el presidente del gobierno de coalición austro-alemán, Karl Renner, se encontraba muy ocupado en el proceso de pacificación, razón por la cual solicitó a Kelsen la redacción del proyecto de constitución, proporcionándole sólo dos principios fundamentales que serían base de la política jurídica que le daría sustento a la Constitución —aún en vigor—, Kelsen la complementaría y daría forma: “La democracia parlamentaria y una descentralización que, correspondiendo con la división de Austria en regiones autónomas, no constituyera, sin embargo, una limitación muy fuerte al gobierno central”. ¿Pero cuál fue aquí el aporte propio de Kelsen en materia de política jurídica? “La tendencia de Kelsen era codificar, de manera técnicamente inobjetable, los principios políticos que se le habían dado, construyendo al mismo tiempo las garantías efectivas de la constitucionalidad para las funciones del Estado. Kelsen consideraba al capítulo sobre las garantías de la Constitución y de la administración como el núcleo jurídico de la Constitución, con las cuales podía al mismo tiempo vincular instituciones de la vieja monarquía como el Tribunal Imperial y el Tribunal Administrativo. Este último pudo ser recogido en la nueva Constitución federal con modificaciones insustanciales. El Tribunal Imperial, en cambio, fue convertido por Kelsen en un verdadero Tribunal Constitucional, el primero de este tipo en la historia del derecho Constitucional”. Este es

cuerpo legal integrante de un orden jurídico cualquiera, con todo y la validez formal que éste —o éstos— posea por haber sido creados por el órgano competente y de acuerdo a los lineamientos constitucionales previamente establecidos, ese orden jurídico cualquiera o ese cuerpo legal integrante de un orden jurídico cualquiera, sería algo más o algo menos que una nave sin velamen. Bajo una situación así, por supuesto que sí se estaría ante a una estrategia política de los detentadores del poder que buscan establecer formas de dominio basándose para ello en supuestos valores immanentes y trascendentes del derecho, entonces sí cabría hablar del formalismo kelseniano como un formalismo vacuo y legalista; pero esto es algo que Kelsen siempre rechazó y condenó.

En apoyo a la tesis de que el formalismo jurídico kelseniano es algo más que un anatema, Jean Piaget, en la *Epistemología de las ciencias humanas*, sostiene que la ciencia jurídica constituye un mundo aparte, un mundo diferente a las ciencias funcionales y causales. La ciencia jurídica constituye un mundo dominado por el problema de las normas —sostiene el autor citado—, y no por problemas de los hechos, “...cuyas articulaciones y constructividad han sido esclarecidas por Hans Kelsen. Con todo, este sistema se aproxima mucho al constructivismo lógico, desde un punto de vista formal, pero sin necesidad interna en cuanto a los contenidos”³.

Pero ese mundo aparte construido por Hans Kelsen no es de ninguna manera, añade Piaget, un mundo alejado de la realidad, pues si bien es cierto que un sistema formal como el kelseniano no constituye una ciencia en el

su aporte, el de una política jurídica de corte liberal que postula los valores de libertad y tolerancia. (Aladár, Metall, Rudolf, *Hans Kelsen, vida y obra*, pp. 41-46 y ss.)

³ Piaget, Jean, *Epistemología de las ciencias humanas* (Tr. Hugo Acevedo), Ed. Proteo, Buenos Aires, 1973, p. 172.

sentido de las disciplinas que este autor clasifica como del grupo uno —es decir las disciplinas que tienen por objeto la actividad humana y la búsqueda de leyes en su sentido de relaciones funcionales—, esto no quiere decir que desde el punto de vista de los hechos, las relaciones entre las normas jurídicas reconocidas como válidas en un grupo social cualquiera no sean algo importante para el conocimiento de la sociedad. Antes al contrario, sostiene Piaget, como mucho antes lo hizo el mismo Kelsen⁴, sólo que para ello hay que recurrir a la sociología jurídica, no a la ciencia jurídica.

¿Pero cuáles son las otras razones, aparte de las exigibles a cualquier ciencia ya expuestas en el capítulo anterior, que influyeron en el jurista austriaco para decidirse por la opción del recurso de la pureza del método? Las respuestas a esta interrogante la proporciona el mismo Kelsen desde sus primeras obras, pero sus críticos no las han querido ver y sus apologistas, más preocupados en querer ver en el formalismo kelseniano una estrategia política con lo que subrepticamente se hace aparecer como «apolítica», como atinadamente lo observa Óscar Correas⁵, tampoco han podido encontrar en la obra de su maestro las razones políticas y científicas que lo llevaron desde el

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

⁴ A parte de las obras citadas de Hans Kelsen en las que se refiere a sus investigaciones sociológicas, véase también, sobre este mismo tema, su *Teoría general del derecho y del estado* (Tr. Eduardo García Máynez), Ed. UNAM, Col. Textos universitarios, México, 1979, pp. 192-2212).

⁵ Óscar Correas, es uno de los juristas que dentro del debate poskelseniano ha contribuido al esclarecimiento y desarrollo del pensamiento del fundador de la escuela de Viena. Uno de sus principales aportes a la cultura jurídica de habla hispana es haber dado a conocer trabajos inéditos de Kelsen: *Dios y el Estado* y *El concepto de Estado de la sociología comprensiva*, entre otros que aparecen publicados en *El otro Kelsen*, obra que aquí se ha venido citando, en la cual, además de su formidable ensayo que lleva el mismo nombre que el título de ese libro, Correas compila una serie de trabajos de connotados expertos sobre el creador de la *Teoría pura del derecho*, tales como *Kelsen y Freud*, de Mario Losano; *Kelsen y la sociología*, de Renato Treves; *Kelsen y Max Weber*, de Norberto Bobbio, entre otros.

inicio de su larga carrera intelectual a optar por la recurso de la pureza del método.

Desde la perspectiva de *Crítica Jurídica*⁶, y a partir de una lectura no dogmática que no soslaya el conjunto del pensamiento kelseniano, Óscar Correas encuentra en el pensamiento de Hans Kelsen las razones políticas que lo impulsaron a optar por el recurso de la pureza del método: evitar que la ideología jurídica subrepticamente aparezca como ciencia, y bajo el prestigio de ésta “... se trate de justificar el poder ejercido por ‘alguien’ que no desea confesar que lo hace. La razón para fundar una ciencia pura del derecho no tiene como propósito justificar todo poder. Sino todo lo contrario. De lo que se trata es de despojar de toda justificación “científica” a cualquier poder⁷. Es decir, para Correas el rótulo de *Teoría pura del derecho* es inapropiado, porque en esta obra de Kelsen lo que hay es una profunda reflexión sobre el derecho y el poder, y por tanto —sostiene—, una profunda filosofía política, además de una concepción teórico-metodológica que pone en orden la ciencia jurídica, con base a la cual se construye una ciencia que se circunscribe a la descripción del derecho positivo en general.

⁶ Crítica jurídica es una tendencia del pensamiento jurídico surgida a mediados de la década de 1970 en varios países Latino Americanos y europeos, entre ellos México. Luis A. Warat la define como “...respuestas intelectuales a funciones encubiertas del saber jurídico, producidas por el contexto académico y profesional. En cierto modo —refiere el autor citado— nos referimos a una trayectoria analítica, bastante fragmentada y polémica [...] que negada como posición expone un conjunto de ideas, las cuales, producidas a partir de distintos marcos conceptuales, se relacionan entre sí de manera flexible y problemática y pretenden comprender las condiciones históricas de elaboración y los varios sentidos sociales del quehacer teórico aceptado como el discurso de los juristas”. (*Derecho y Sociedad, revista del Colegio de Abogados de Nuevo León, A. C.*, Año 2, número 2, septiembre de 1999, pp. 73-74).

⁷ Correas, Óscar, *El otro Kelsen*, p. 28.

Por tanto, sostiene el autor citado que “...lo que resulta ‘pura’ es la ciencia, no la teoría que la funda”⁸, pues como el mismo Kelsen lo refiere, la fundación de una ciencia es una fundación filosófica, conclusión a la que el mismo Kelsen llega⁹. Y para dar fuerza a su argumentación de su provocador título de *El otro Kelsen* —lo que en realidad nunca existió, sino que por *El otro Kelsen*, Correas entiende aquella parte del pensamiento kelseniano que no ha querido ser visto por sus detractores ni por sus apologistas—, dicho autor recurre a una cita de la parte final de *Dios y el Estado*, donde con meridiana claridad Kelsen escribe: “Si siempre han sido los detentadores del poder según el orden estatal vigente quienes se han opuesto a todo intento de modificar este orden esgrimiendo argumentos extraídos de la esencia del Estado, y quienes han declarado absoluto ese fruto contingente de la historia que es el contenido del orden estatal, porque estaba acorde a sus intereses, esta teoría — la Teoría pura del derecho y la Teoría jurídica pura del Estado—, en cambio, que declara al Estado como un orden jurídico cuyo contenido es variable según los casos y siempre susceptible de ser modificado, esta teoría que por lo tanto no deja al Estado más que el criterio formal de supremo orden coactivo, descarta uno de los obstáculos políticos más poderosos que en todas las épocas han servido para trabar cualquier reforma del Estado en beneficio de los gobernados. Pero es precisamente por ello que esta teoría se revela como teoría pura del derecho, pues sólo arruina la abusiva utilización política de una seudoteoría del Estado”¹⁰. Tal es, entonces, el objetivo del recurso de la pureza del método de que echa mano Kelsen.

⁸ Ob. cit. pp. 28-29 y ss.

⁹ Ob. cit. p. 29.

¹⁰ Kelsen, Hans, *Dios y el Estado*, pp. 265-266, en *El otro Kelsen*, compilación de Óscar Correas que aquí se ha venido citando.

2. EL DESARROLLO DE LA CIENCIA JURÍDICA: DE LA IDEA DE SUBSTANCIA A LA IDEA DE FUNCIÓN, Y DE LA IDEA DE FUNCIÓN A LA FORMULACIÓN DEL PRINCIPIO DE IMPUTACIÓN-ATRIBUCIÓN. Hay algo más, recurrir a la pureza del método en los términos como lo hace Hans Kelsen posee además otra significación mucho más amplia, la cual tiene que ver tanto con la perspectiva de la ciencia como con la perspectiva de la actividad política.

Desde la perspectiva científica, en su primera gran obra, *Problemas capitales*, Kelsen no aparece tan sólo como un descubridor o como un formulador de principios jurídicos evidentes —el principio de imputación-atribución y el de la identidad derecho Estados, por ejemplo— y de categorías jurídicas consistentes —como la interpretación de la ley como categoría de la mediación entre facticidad y validez, cuyo inicio de desarrollo que se produce con su concepción de la función creativa del juez se remonta a su *Teoría general del derecho*. Su contribución al desarrollo de la ciencia jurídica es mucho más amplia, es decir, Kelsen va mucho más allá, rompe con los marcos conceptuales de la ciencia jurídica del siglo XIX y de la primera década del siglo XX, y a partir de quienes él considera sus predecesores —Karl Friedrich, von Gerber, Paul Laband y Jorge Jellinek—, construye un nuevo marco conceptual¹¹, crea un conglomerado de nuevos conceptos y categorías

¹¹ La creación de un nuevo marco conceptual que rompe con el anterior, obviamente, no puede ser tarea de un solo hombre. En el caso de la revolución Galileo-cartesiana, por ejemplo, jamás hubiera sido posible un nuevo concepto de movimiento y espacio sin los trabajos previos de Bruno, Copérnico, Tycho Brahe, Kepler. Lo

con lo que hace surgir una nueva idea de derecho, muy distinta a la prevaleciente en su época que por siglos había subsistido como hegemónica —la milenaria idea de Derecho Natural que en el transcurso de su desarrollo histórico ha encontrado diferentes fuentes de las que supuestamente se derivan de la naturaleza humana, y por otra parte, los enfoques sociologistas y psicologistas del derecho—, produce una nueva concepción de la ciencia jurídica y del Estado que compite con los paradigmas de la ciencia jurídica de los siglos XIX y XX, sin lo cual prácticamente resultaría imposible producir nuevos conocimientos sobre el derecho moderno que a partir de Kant se ha venido desarrollando. Fuera de ese nuevo marco conceptual, hubiera sido imposible la formulación de nuevas categorías y nuevos principios jurídicos distintos a los de la tradicional idea de derecho que, como lo dice el propio autor de la *Teoría pura del derecho*, ante la imposibilidad de que esa idea se someta al veredicto del tribunal de la ciencia se ha sometido y aún en los tiempos actuales se sigue sometiendo al tribunal de la teología.

Un tanto también se puede decir de la idea de derecho elaborada por ciertas tendencias del justificacionismo empirista, perspectiva en la cual Kelsen puede ser ubicado. Bajo esta tendencia y también bajo una influencia freudiana, este pensador encuentra desde sus primeras investigaciones un interesante paralelismo entre el problema social y el problema religioso, o entre la idea de Dios y las ideas del derecho y del Estado. Precisamente en su trabajo que lleva por título *Dios y el Estado*¹²; en esta su investigación

mismo se puede decir del desarrollo de la ciencia jurídica en Kelsen, esto nunca hubiera sido posible lograrse sin los trabajos previos de los juristas alemanas: Karl Friedrich, von Gerber, Paul Laband y Gorge Jellinek, pensadores que constituyen toda una línea evolutiva del siglo XIX a quienes el mismo Hans Kelsen reconoce como sus predecesores.

¹² Entre otras de las obras de Kelsen en donde también aparece la influencia del psicoanálisis son las siguientes: *Ilícito estatal*, publicada en 1913 y *El problema de la soberanía*, en 1920.

resaltan los enfoques psicoanalítico e ideológico. Entre estos paralelismos, resulta sumamente relevante el que se refiere a la analogía entre la especulación teológica y la elucidación jurídica: “...del mismo modo que el hombre, creado a imagen y semejanza de Dios —ser espiritual—, no aparece realmente en el sistema de la teología como criatura física, es decir, como un ser animal, sino como alma, así la ciencia jurídica debe recalcar con insistencia que no toma en consideración al hombre como unidad biológico-psicológica, sino como ‘persona’, es decir, como sujeto de derecho, como ser jurídico específico: de suerte que la ciencia jurídica —dice Kelsen— crea igualmente a su hombre a imagen y semejanza del Estado, persona de derecho por excelencia”¹³.

Y así como Kelsen encuentra un paralelismo que pone de manifiesto las semejanzas de la vivencia social del fenómeno religioso y la vivencia del derecho y del Estado, de igual forma el sustentante de esta tesis percibe que hay, a su vez, en el pensamiento kelseniano un paralelismo entre el desarrollo de la física y el desarrollo de la ciencia jurídica. Este paralelismo o analogía se encuentra específicamente entre el desarrollo de la física a partir del siglo XVII que condujo a la revolución einsteiniana y el desarrollo de la ciencia jurídica kelseniana, con lo que se demuestra la amplia visión que este pensador tuvo de la ciencia moderna y de su proceso de desarrollo. Se podría afirmar, con base a lo que más adelante se expondrá, que mucho antes que Khun y Koyré, Kelsen percibe que el desarrollo de la ciencia se produce no a través de un proceso de acumulación de conocimientos, sino más bien por medio de rupturas. La concepción de la ciencia jurídica desarrollada por Kelsen significa, indudablemente, una ruptura con respecto a la ciencia jurídica del siglo XIX, una ruptura en la que el recurso de la pureza del

¹³ Véase a Kelsen en *Dios y el Estado*, en *El Otro Kelsen*, pp.263-264.

método juega un importante papel en la configuración de este nuevo paradigma.

Algo más: el paralelismo entre el desarrollo de la física y el de la ciencia jurídica kelseniana que se pasará a analizar pone de manifiesto, además, la influencia que produjo en Kelsen el cambio de perspectiva científica que condujo del universo cerrado al universo infinito, el cual abrió el camino que condujo, no sin pocos tropiezos, de la física de Galileo Galilei a la física de Newton, y posteriormente a la de Albert Einstein. Un cambio de perspectiva que para llegar a establecer como objeto el estudio de los cuerpos, primero que cualquier otra cosa se tuvo que sustituir la búsqueda de las «substancias» de las cosas inspirada por la entonces tradicional física aristotélica, por algo mucho más modesto y susceptible del alcance de los seres humanos, como lo es la descripción objetiva de las leyes causales de los graves, sustancias que eran buscadas en la física aristotélica y medieval sólo por medio de la percepción sensible. Posteriormente, con la eclosión de la revolución newtoniana, la búsqueda de leyes científicas se convirtió en el hecho más común y simbólico en todas las ciencias naturales; con posterioridad, en el siglo XIX, las ciencias sociales como áreas especializadas del conocimiento intentaron seguir ese mismo camino.

Obsérvese dónde y cómo aparece la aludida analogía kelseniana con respecto al desarrollo de la física: desde Galileo la física moderna tiende a explicar todos los fenómenos físicos que investiga por medio de la matemática, la figura y el movimiento¹⁴, en tanto que la ciencia jurídica desde Kelsen y desde la perspectiva kelseniana, construye como su objeto la forma

¹⁴ Véase a Alexander Koyré, en *Estudios de historia del pensamiento científico* [Tr. Del francés Encarnación Pérez Sedeño y Eduardo Bustos], Ed. Siglo XXI de España Editores en condición con Siglo XXI Editores, 3ra. edición en castellano, México, 1980, p. 181 y ss.

normativa y prescinde de los factores metajurídicos que en un momento dado determinan el contenido de las normas jurídicas, prescindiendo, por tanto, de los juicios de valor, así como la física prescinde de la «fuerza» real y el «movimiento» real.

Ahora bien, para la física moderna que inició su proceso de construcción con el derrumbamiento de la física medieval-aristotélica, la abstracción geométrica —la cual viene a sustituir hechos cualitativamente determinados por el sentido común y la experiencia— y el método hipotético-experimental fue el camino que condujo a apartarse y alejarse de la percepción sensible¹⁵, lo que en términos Koyré constituía la base filosófica —y gnoseológica, se añadiría aquí— de la física medieval y aristotélica, “resueltamente antimatemática”¹⁶, como lo refieren los historiadores de la ciencia. Es por eso por lo que la física moderna con Newton nace como *Física matemática*, y «analógicamente» en Kelsen, haciendo éste abstracción de los factores reales de poder que determinan el contenido de las normas jurídicas, para lo cual echa mano del recurso de la pureza del método, se sustituyen los juicios de valor que cada cual pretende afirmar en la norma jurídica como la «sustancia» del derecho, es decir, como el derecho en sí o como el auténtico derecho, supuestamente porque tales juicios de valor que cada individuo percibe y defiende como una «idea pura» de derecho se derivan de la «razón» (o de la naturaleza humana), y, como consecuencia, se les atribuye a estos juicios de valor el carácter de Derechos Naturales, sin los cuales, se asegura, carece de valor y validez el orden jurídico positivo.

¹⁵ Para Alexander Koyré “...el sentido común es —y lo será siempre— medieval y aristotélico”. *Estudios históricos del pensamiento científico*, p. 184.

¹⁶ Ob. cit. P. 184 y ss.

En contrapartida al punto de vista substancialista de las diferentes tendencias del iusnaturalismo, el sociologismo y el psicologismo, que exigen a la norma jurídica un determinado juicio de valor para considerarla como tal, Kelsen, lo más probable influenciado por la revolución newtoniana que parte de la revolución Galileo-cartesiana, rechaza toda búsqueda substancialista por tener como soporte de validez ya sea una fundamentación teológica —en el caso de cualquiera de las corrientes del iusnaturalismo—, o bien una fundamentación teleológica —en el caso del sociologismo y el psicologismo—, y en su lugar establece como objeto de la ciencia jurídica sólo la descripción del significado normativo de las disposiciones jurídicas producidas por un acto de la conducta humana, y no exige para considerar a una norma jurídica como tal que contenga un determinado contenido moral o un juicio de valor de cualquier índole. En vez de esto, a partir de su concepción de política jurídica fincada en el liberalismo político, apela a la búsqueda de consensos, anteponiendo para ese fin el principio de «autodeterminación», de que hace uso el titular de este derecho, el ciudadano, con base al cual el ciudadano participa en la creación del orden social al cual se somete. Y para proporcionar validez a las normas jurídicas, Kelsen sólo exige que éstas hayan “...sido producida de una determinada manera, y, en última instancia —sentencia con fuerza una y otra vez el autor de la *Teoría pura del derecho*— por haber sido producida de la manera determinada por una norma fundante básica presupuesta”¹⁷.

No, no se está bordando en el vacío, no son estas ningunas apreciaciones subjetivas producto de una trasnochada especulación sin fundamento que pretende ver en el autor de la *Teoría pura del derecho* algo que nunca estuvo en su pensamiento, algo que nunca se le ocurrió indagar. No

¹⁷ *Teoría pura*, p. 205.

hay nada de eso. Sólo es cuestión de querer ver en sus textos lo que sus detractores y apologistas no han podido o no han querido ver; pero que no obstante por todos los medios se han encargado de silenciar. Véase lo siguiente que prueba lo dicho¹⁸.

“Esta teoría jurídica pura del Estado —dice Kelsen, refiriéndose a la utilización política que se hace de las teorías substancialistas del derecho y del Estado—, que desintegra el concepto de un Estado distinto del derecho, es una teoría del Estado... sin Estado. Y por más paradójico que parezca, sólo de esta manera la teoría del derecho y del Estado abandona el nivel de la teología para acceder al rango de la ciencia moderna. Desde un punto de vista epistemológico, el concepto del Estado tal como lo desarrolló la antigua teoría del Estado y del derecho, se haya —al igual que el concepto de Dios— en el mismo plano que el concepto de alma en la antigua psicología, y el concepto de fuerza en la antigua física. Lo mismo podemos caracterizar a la persona del Estado como alma jurídica que como fuerza jurídica: se trata —como en el caso de Dios, del alma y de la fuerza— de un concepto de substancia. Dado que la ciencia moderna se esfuerza por disolver toda substancia en función, y ha arrojado por la borda, desde hace mucho tiempo, tanto el concepto de alma como el de fuerza, la psicología moderna se ha convertido en ciencia del alma... sin alma, y la física en ciencia de la fuerza... sin fuerza. Y si la absorción del concepto sobrenatural de Dios por el concepto de naturaleza ha sido la condición —creada sólo por el advenimiento del panteísmo— para una auténtica ciencia de la naturaleza, libre de toda metafísica, de igual modo la

¹⁸ No hay duda de que el mérito de la búsqueda del otro Kelsen pertenece al jurista Óscar Correas, que en sí es el mismo, como éste mismo lo refiere. Sus aportaciones al debate poskelseniano que han contribuido enormemente al esclarecimiento del fundador de la escuela de Viena, gracias a ello en esta tesis ha sido posible presentar el paralelismo entre el desarrollo de la física moderna y el desarrollo de la ciencia jurídica, de lo que no se ocupa Correas en su trabajo aquí citado.

reducción del concepto suprajurídico de Estado al concepto de derecho es el requisito imprescindible para el desarrollo de una auténtica ciencia jurídica como ciencia del derecho positivo, depurada de todo derecho natural. Tal es el objetivo de la teoría pura del derecho que es simultáneamente la Teoría pura del Estado, porque toda teoría del derecho sólo es posible como teoría del derecho del Estado, y viceversa, todo derecho es derecho del Estado, porque todo Estado es Estado de derecho¹⁹”.

Hasta aquí esta extensa cita, con la cual se justifica lo anteriormente expuesto sobre el paralelismo que se encuentra en el pensamiento kelseniano y el desarrollo de la ciencia moderna a partir de la física. Ahora bien, la idea de «función» que en las ciencias sociales viene a sustituir la idea de «substancia», a que se refiere Kelsen, se desarrolla inicialmente en las matemáticas y en la biología, y de ahí con Herbert Spencer se traslada a la teoría organicista de la sociedad; aunque desde antes Augusto Comte ya la había abordado en sus lecciones de *Filosofía positiva*. Pero no es sino hasta Durkheim cuando este concepto adquiere una formulación ampliamente desarrollada. Y en lo que respecta a la ciencia jurídica del siglo XIX, ésta se había venido desarrollando con una marcada orientación causal y teleológica, lo que de una o de otra manera llevaba implícita o explícitamente la idea de función.

Vistas así las cosas, corresponde a Kelsen, a través del recurso de la pureza del método por medio de la cual plantea una oposición entre el Sein y el Sollen, reorientar el rumbo de la investigación jurídica. Ello al establecer, con base al principio de *imputación-atribución* por él formulado, la división y diferenciación entre las ciencias causales y las ciencias normativas. Las primeras “tienen como tarea mostrar el comportamiento real de las cosas en su relación causal necesaria por naturaleza, es decir, su objetivo es dar una

¹⁹ *Dios y El Estado*, en *El otro Kelsen*, p. 266.

explicación del acontecer real²⁰; en tanto que las segundas —señala el citado autor—, se refieren “no a lo que realmente acontece sino a lo que debe acontecer; [...] prescriben un comportamiento, que exigen un ser o no-ser, es decir, que fijan un deber ser”²¹.

3. CIENCIA JURÍDICA Y POLÍTICA JURÍDICA. Hay algo más al respecto, tan es cierto que el mundo de las normas construido por el jurista vienés no es un mundo alejado de la realidad —para plantear un enfoque distinto al de Piaget que conduce al mismo punto—, que en los primeros dos párrafos de la misma *Teoría pura del derecho* Kelsen hace una repetida aclaración que no deja lugar a duda sobre las implicaciones políticas contenidas en esta su clásica obra:

“Es una doctrina general sobre el derecho —dice con firmeza Hans Kelsen—, y no la interpretación de normas jurídicas particulares, nacionales o internacionales. Ofrece, sin embargo, también una teoría de la interpretación”²². Aquí aparece por primera vez su aclaración respecto a su intención de no dejar fuera de su *Teoría pura del derecho* el problema de la interpretación de la ley, postura que para sus críticos es vista como una inconsecuencia “por no alcanzar su postulado fundamental de pureza”²³; es decir, acentuando el punto de vista de Kelsen, a pesar de que su *Teoría pura*

²⁰ Kelsen, Hans, *Acerca de las fronteras entre el método jurídico y el sociológico*, p. 289 y ss. En *El otro Kelsen*, pp 283-317.

²¹ *Ibidem*.

²² *Teoría pura del derecho*, p. 15.

²³ Mario G. Losano insiste y vuelve a insistir en que “...la teoría pura faltó a su deber de dedicarse exclusivamente a la descripción, considerada por ella esencial para toda teoría jurídica que quiera presentarse como ciencia (en *Teoría pura del derecho, evolución y puntos cruciales*, pp. 111.112).

es una doctrina del derecho positivo en general, también ofrece, sin embargo, “una teoría de la interpretación”.

Y con mayor énfasis aún insiste una vez más sobre esta misma aclaración: “Es ciencia jurídica; no, en cambio, política jurídica”²⁴.

A pesar de su insistencia en dejar claro desde el principio de su obra más famosa —como lo es sin duda la *Teoría pura del derecho*— que su teoría pretende única y exclusivamente “dar respuesta a la pregunta de qué es el derecho, y cómo sea; pero no, en cambio, a la pregunta de cómo el derecho deba ser o deba ser hecho”²⁵. Los problemas de cómo el derecho *deba ser* o *deba ser* hecho, en Kelsen es parte también de la competencia de los órganos de ampliación del derecho, ello a través de la individualización que los jueces hacen de las normas jurídicas para su debida aplicación a los casos concretos que se les presentan, es algo que no se puede ignorar. Es así como Kelsen deja claro que es tan importante la ciencia jurídica como la política jurídica, que el recurso de la pureza del método es necesaria porque la realidad no pone límites o fronteras entre los fenómenos jurídicos y los fenómenos políticos o de cualquier otra índole, ya que como se dijo en el capítulo anterior, los hechos o fenómenos se entrelazan, se vinculan entre sí, por lo que sólo el «método» posibilita establecer criterios de delimitación entre una ciencia y otra. Ya en el prólogo de la *Teoría General del Estado*, 1925, nueve años antes de la aparición de la *Teoría pura del derecho*, aparece un epígrafe tomado de Goethe que da cuenta de uno de los principales propósitos de Kelsen: “En el arte y en la ciencia, como en los actos humanos, lo que más

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ *Ibidem*.

importa es percibir los objetos *puramente*, y tratarlos de acuerdo a su naturaleza²⁶.

Con esto se percibe que indudablemente hay en Kelsen una profunda preocupación no sólo por determinar el objeto formal de estudio de la ciencia jurídica, sino también por resolver las implicaciones y complicaciones de lo jurídico y lo político, por lo que su preocupación principal que de aquí se deriva es encontrar los nexos de la ciencia jurídica con las explicaciones de las ciencias causales y teológicas: la sociología, la teoría política, la psicología, entre otras, cuyos objetos escapa a la orientación de la ciencia del derecho, es decir, el objeto metodológicamente determinado como jurídico.

¿Pero cómo plantea Hans Kelsen la diferencia entre ciencia jurídica y política jurídica? ¿Cuáles son sus presupuestos de la teoría política y cuáles los de la ciencia jurídica? ¿Cómo se producen y se resuelven las implicaciones y complicaciones entre lo jurídico y lo político? Se tratará de dar respuesta a las anteriores interrogantes, no sin antes advertir que contrario a lo que muchos siguen creyendo, en la evolución del pensamiento kelseniano, y visto éste en su conjunto, aparece un distanciamiento de su postura original respecto a la división inevitable entre el ser y el deber ser.

En la epistemología kelseniana, como en la de los neokantianos seguidores de la escuela de Marburgo, Windelband, H. Cohen, P. Natorp y Rickert, entre otros, se parte del establecimiento dos supuestos básicos epistemológicos sobre los cuales se construye en su origen el *corpus* de categorías y conceptos de la *Teoría pura del derecho*: a) una barrera infranqueable entre el reino del Sein (ser) y el reino del Sollen (deber ser) —o entre la esfera de la naturaleza

²⁶ Kelsen, Hans, *Teoría General del Estado*, p. VII.

y la esfera de la sociedad—²⁷, y como consecuencia de lo anterior, b) la postulación de una ciencia que tiene como función esencial la búsqueda de una verdad libre de valores. Tal es la razón por la que por razones del «método» científico para Kelsen es una petición de principios la abstracción de la ciencia de todo juicio de valor, que la ciencia sea independiente de la política. Pero los susodichos supuestos básicos no significan, de ninguna manera, prescindir de la política, ya que al lado de los lenguajes de los esquemas perceptivos y de las prácticas que subyacen en la base epistemológica de la infraestructura del saber —sea esto dicho en términos de Foucault—, Kelsen identifica antes que el autor citado el ingrediente político, lo que como quedó dicho con apoyo de Correas, por razones políticas escinde de su *Teoría pura del derecho*. A diferencia de escepticismo de Foucault, el de Kelsen no apuesta a la sinrazón, de ahí que del paralelismo externo e interno que éste percibe tanto entre la epistemología y la política como en la teoría de los valores y la epistemología, dentro del cual el sujeto cognoscente — epistemológicamente hablando— produce su propio mundo, debe quedar salvaguardado el principio de libertad del investigador, pues ello “...es una exigencia fundamental de la teoría del conocimiento relativista —escribe Kelsen. Lo que no significa que el proceso de conocimiento tenga un carácter arbitrario. [...] El sujeto no es completamente libre, en el proceso de conocimiento, existen unas leyes que gobiernan ese proceso en el cual el caos

²⁷ En cuanto se determina el derecho como norma (o, más precisamente, como un sistema de normas, como un orden normativo), y se limita la ciencia del derecho al conocimiento y descripción de las normas jurídicas y de las relaciones que ellas constituyen entre los hechos por ellas determinados, se acota el derecho frente a la naturaleza, y la ciencia del derecho, como ciencia normativa, frente a todas las demás ciencias que aspiran al conocimiento de las leyes causales de los acontecimientos fácticos. Así se logra por fin un criterio seguro, para separar unívocamente la sociedad de la naturaleza y la ciencia social de la ciencia natural, *Teoría pura del derecho*, p. 89 y ss.

de las percepciones sensoriales se transforman en un cosmos con significado propio”²⁸.

Mas no deja de insistir que la ciencia “...no debería estar influida por intereses políticos relativos al establecimiento y mantenimiento de un orden social determinado o de una institución social específica. [...] La independencia respecto a la política significa, en último término, que el científico, en el desarrollo de su función no debe presuponer ningún valor. Por consiguiente, debe limitarse a explicar y describir un objeto sin juzgarlo bueno o malo, es decir, sin considerar si se ajusta o no a un valor presupuesto de naturaleza moral o política”²⁹.

La política, en cambio, desde la perspectiva kelseniana, es el arte de gobernar y tiene que ver esencialmente con el «querer» y el «actuar» de los individuos, los cuales, para el logro de sus fines recurren a ella. Es cierto que la política tiene que ver también con el ser y el deber ser. Pero el deber ser de la política, como arte de gobernar no se confunde con el deber ser del derecho, porque el deber ser de la política constituye una normatividad de naturaleza distinta; no se confunden, porque ambas normatividades pertenecen a «sistemas» distintos, lo que significa que en un país cualquiera, dado la pluralidad que es consustancial con cuerpo social, puede haber varios sistemas políticos, pero no puede haber más que un solo sistema jurídico.

A diferencia de la normatividad de un sistema jurídico cualquiera, la normatividad de un sistema político se refiere sólo a “...la actividad que consiste en regular la conducta social de los hombres, y está en función de la voluntad”³⁰, con base a la cual se pretende alcanzar ciertos logros tenidos por

²⁸ (Kelsen. Hans. “*Absolutismo y relativismo en filosofía y política*”, en *¿Qué es justicia?* [Tr. Albert Calsamigla], Editorial Ariel, México, 1992. 113-125.

²⁹ Ob. cit. 254-283.

³⁰ Ob. Cit. p. 254.

un grupo social como moralmente válidos, en cuanto a su deber ser —o el deber ser de la política— encuentra su forma de justificación (o fundamento de validez) en los presupuestos de la ética, a diferencia del fundamento de validez de las normas jurídicas, en cual se encuentra en una norma fundante básica presupuesta, no en presupuestos éticos o morales.

En otros términos, una teoría política cualquiera, por ejemplo la del marxismo que proclama y promueve la acción de las masas para combatir los falsos valores del capitalismo y a la vez reafirmar los auténticos valores en una sociedad sin clases, es un sistema de juicios de valor que justifican o sirven de fundamento a determinadas voliciones y a actitudes de los individuos que tienden al logro de un determinado objetivo. O con palabras del propio Kelsen, una teoría política "...afirma un cierto contenido como debido, como digno de ser perseguido, como justo, o sea, remitido a un valor superior, justificado"³¹. Otro ejemplo de los sistemas políticos contrario a la política del marxismo es la política del neoliberalismo, para la cual la libertad es determinada por el mercado, por lo que la acción individual, a través de la cual se logra el progreso social, son algunos de los valores éticos fundamentales de esta política donde la omnipotencia es de los individuos y no del Estado, a quien se le asigna como su principal función la de promover la acción individual.

Y en cuanto al ser, dentro de la esfera de la política —hay que dejar claro este punto—, éste no es consubstancial a la actividad política ni a la teoría política, sino subsidiario de aquélla, ya que como lo sostiene Kelsen "jamás de los jamases se puede dar una respuesta al problema del justo fin de la acción a través del conocimiento de lo que acontece y tal vez,

³¹ Kelsen, Hans, *Socialismo y Estado, una investigación sobre la teoría política del marxismo*, [Tr. Alfonso García Ruiz], Ed. Siglo XXI, México, 1978, p. 181.

verosimilmente, habrá de acontecer³²”. Así es, en efecto, como consecuencia del dualismo entre el (Sein) ser y el (Sollen) deber ser —sobre lo que más adelante se insistirá—, en el pensamiento kelseniano se establece también una fundamental y clara distinción entre la teoría normativa ético-política y la teoría —o teorías— de las ciencias causales y teleológicas, en especial la teoría sociológica. De ahí que, según el fundador de la escuela de Viena, “si se parte del ser no se puede llegar nunca a un deber ser, y si se parte de un deber ser no se puede llegar nunca a un ser”³³.

Tales son, en síntesis, los presupuestos de la teoría política que sostiene Kelsen, los cuales se encuentran también, entre otras de sus obras, en sus *Estudios sobre la democracia, autocracia y estado unipartidista*, así como en la *Esencia y valor de la democracia* y en *Problemas del parlamentarismo*.

En lo que respecta a las últimas tres citas que se acaban de hacer de *Estado y socialismo*, se refieren a l

a polémica que Kelsen tuvo con el marxismo austrohúngaro sobre la relación del Estado con el socialismo. Su crítica, en esta obra, está enderezada contra la ideologización de la ciencia concebida por el marxismo que subrepticamente hace aparecer un fin político como el resultado necesario de leyes naturales, lo que para Kelsen es una extraña “mezcolanza” entre el punto de vista teórico explicativo y el punto de vista práctico político que tiene que ver con el fin del «querer» y el hacer», pues para él una cosa es una teoría política —como la del marxismo de su época— como sistema de juicios de valores que justifican un «querer» y «actuar» e impulsa a los sujetos con base a determinadas voliciones y actitudes hacia un fin determinado, y otra muy distinta es la una teoría, la teoría sociológica en este caso, “que investiga esas

³² Ob cit. 180.

³³ Ibidem.

voliciones y actitudes, orientadas por una teoría política cualquiera, dentro de los límites en que se plantean de hecho, en sus causas y en sus efectos, o sea, que los explican causalmente”³⁴.

Por supuesto, Kelsen no niega las relaciones e implicaciones entre la teoría política y la teoría sociológica, tan es así que sugiere a los socialistas autrohúngaros a que desarrollen una teoría sociológica que sea capaz de proporcionarles los medios adecuados para el logro de los fines que persiguen a través de la teoría política del marxismo. Pero esos fines políticos — sostiene — no los pueden proporcionar la teoría sociológica, sino la teoría política. Kelsen critica agudamente al socialismo, en cuanto teoría política fundada en el marxismo, por el uso que hace del prestigio de la ciencia para presentarse tan sólo como la “ciencia” que supuestamente investiga los fenómenos sociales basada en los principios de causalidad, cuando que en realidad lo que persigue los socialistas son fines políticos.

Ahora bien, en cuanto a la concepción kelseniana de la ciencia, para a manera de conclusión retornar al primero de los dos supuestos básicos sobre los cuales se construye la *Teoría pura del derecho*, a saber, una barrera infranqueable entre el reino del *ser* y el del *deber ser*, tal postura lleva Kelsen a incursionar en problemas de frontera entre el método jurídico y el método sociológico. Es decir, en zonas linderas de lo jurídico y lo sociológico que se encuentran y entrecruzan con relación al mismo objeto que estudian, pero que encuentran su diferencia en el punto de vista específico y el método de abordaje. Para ello se requiere transgredir el sincretismo metodológico de orientación causal y teleológico en la explicación y descripción de la ciencia jurídica, sostiene Kelsen, pues de lo contrario, siempre se correrá el riesgo de

³⁴ Ob, cit, p. 180 y ss.

“abandonar por descuido el ámbito de la propia disciplina e incursionar en el de la otra”³⁵.

4. CAUSALIDAD E IMPUTACIÓN-ATRIBUCIÓN. De ahí que el *principio ordenador* de las ciencias normativas tenga que ser distinto al de las ciencias causales y teleológicas. Es esta orientación concebida por Kelsen, con la cual limita a la ciencia jurídica estrictamente al conocimiento y descripción de las normas jurídicas, así como a la descripción también de las relaciones que éstas constituyen entre los hechos que las mismas normas determinan como jurídicos, lo que lo lleva a Kelsen a sustituir el principio de *causalidad* por el principio de imputación-atribución. Mucho antes E. Kant ya había concebido, en los *Principios metafísicos de la doctrina del derecho*, que sólo la persona puede ser susceptible de imputación por sus acciones, no así la naturaleza o las cosas, pues la naturaleza se rige por otro tipo de leyes, muy distintas a las leyes de la libertad creadas por los hombres³⁶; pero legítimamente corresponde el mérito a Kelsen, mucho tiempo después, de haber podido formular el principio de imputación-atribución que orienta la explicación de las ciencias normativas, y no sólo al derecho.

Con esta sustitución y con este enfoque teórico-metodológico —escribe el autor citado— “...se acota el derecho frente a la naturaleza, y a la ciencia del derecho como ciencia normativa, frente a todas las demás ciencias que aspiran a un conocimiento por leyes causales de los acontecimientos fácticos. Así se logra por fin un criterio seguro, para separar unívocamente la sociedad

³⁵ *A cerca de las fronteras entre el método jurídico y el método sociológico*, p. 284.

³⁶ Kant, Immanuel, *Principios metafísicos de la doctrina del derecho (s/T)*, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, Col. Nuestros Clásicos, No. 33, México, 1968, p. 24.

de la naturaleza y la ciencia social de la ciencia natural³⁷. Hay que señalar que este principio fue formulado por Kelsen desde su primera gran obra, los *Problemas Capitales*, el cual vuelve a tratar en varios de sus ensayos.

El principio denominado imputación-atribución cumple la función de describir un determinado orden normativo de la interacción humana —escribe Kelsen—, es análogo al principio de causalidad, pero no obstante mantiene con éste una diferencia esencial. El de causalidad se refiere a la representación conceptual de las leyes de la naturaleza en la descripción de su objeto de estudio, cumple una función de relación (o enlace) necesaria entre dos elementos como causa y efecto, $p \rightarrow q$, lo que se puede traducir al enunciado si se aplica calor a un determinado cuerpo, entonces ese cuerpo se dilata, donde el calor es la causa del efecto dilatar, y el principio de imputación-atribución, a diferencia del de causalidad, no enlaza entre sí y de manera necesaria dos elementos (o cosas) del mundo de lo fáctico, sino la interacción de la conducta humana determinada por normas con un acontecimiento de la esfera de lo fáctico, pero no de manera necesaria como el principio de causalidad, sino de manera contingente, lo que se enuncia de la siguiente manera: si se produce el hecho A, entonces el hecho B es debido; o bien con este otro ejemplo: si A se produce, entonces B debe ser.

Con otras palabras, los enunciados normativos y específicamente los jurídicos, enlazan dos elementos, uno normativo y el otro fáctico, en los siguientes términos: si se producen determinados hechos —hechos desde luego determinados por el derecho como jurídicos—, entonces se deberá producir una determinada consecuencia de derecho determinada previamente por el orden jurídico, pero esa determinada consecuencia de derecho es posible, no necesaria; es decir, sin que esa determinada consecuencia de

³⁷ *Teoría pura*, p. 89.

derecho se tenga que producir necesariamente, pues de ser así no se estaría ante el principio de imputación-atribución, sino ante una ley de la naturaleza.

Pero la antes aludida oposición de naturaleza y sociedad no conlleva a desconocer la posibilidad de que la conducta humana, como uno de los elementos integrantes de la naturaleza, no pueda ser abordada bajo la orientación del principio de causalidad. Pues al igual que como las ciencias naturales describa y explique las causas y los efectos. Y “...en la medida en que una ciencia describe y explica la conducta humana de esa manera y, en cuanto su objeto está constituido por la interacción humana —refiere Kelsen—, puede ser considerada como ciencia social,³⁸” sin que una ciencia social así tenga que ser considerada como esencialmente diferente a las ciencias naturales, a no ser por su método.

La oposición naturaleza-sociedad conlleva a Kelsen a concebir la sociedad como un orden normativo de la interacción humana y el derecho como un orden normativo del comportamiento recíproco de los seres humanos en sus interacciones sociales, y a la vez, en esa oposición entre el mundo de los hechos y el mundo de las normas los sujetos se articulan en ambos, constituyendo dos sistemas diferentes: el del mundo de lo fáctico y el del mundo de las normas creadas por éstos.

Y ante esos dos mundos el sujeto cognoscente, desde la perspectiva kelseniana, asume dos posiciones distintas. En el mundo de lo fáctico —para sentar aquí las bases de lo que se analizará en el sexto capítulo sobre la relación entre la *quaestio facti* y la *quaestio iuris*—, que se rige bajo las directrices de una elaboración lógico-conceptual del ya referido principio de causalidad —propio de las ciencias naturales—, el sujeto cognoscente asume una posición descriptiva de lo fáctico, es decir, formula proposiciones causales

que describen las relaciones necesarias entre los hechos. En tanto que frente al mundo de las normas, ese mismo sujeto cognoscente asume una posición descriptiva, es decir, procede a seleccionar hechos del mundo del mundo real, del mundo de lo fáctico, y les prescribe efectos o consecuencias, en el caso de las normas jurídicas obviamente consecuencias de derecho. Con otras palabras, en la esfera del mundo de las normas el hombre formula proposiciones normativas, no descriptivas, con pretensión de validez universal.

5. EL DISCURSO DE LA NEUTRALIDAD IDEOLÓGICA. ¿Pero qué con el segundo supuesto de los neokantianos asumido por Kelsen, a saber, que la ciencia debe estar libre de valores? ¿Hacia dónde conduce el supuesto de una ciencia libre de valores? ¿Es verdad que “...la doctrina de la ‘neutralidad ideológica’ —crítica dirigida a M. Weber, Windelband y Rickert, pero de la cual Kelsen es buen blanco— o ‘valorativa’ en las ciencias sociales, cualesquiera que sean las intenciones de quienes la defienden, es una forma de la ideología burguesa y, como tal, tiende a justificar la irresponsabilidad moral, política y social del científico?”³⁹.

La réplica a Adolfo Sánchez Vázquez, sobre este punto, precisa ahondar un poco más en la relación planteada por Kelsen entre «ciencia» y «política», pues si bien es cierto que el autor analizado se inscribe dentro de la perspectiva de la neutralidad ideológica, tal postura no lo conduce a establecer una barrera insalvable entre naturaleza sociedad para eludir las exigencias de científicidad que deben cumplir todas las ciencias. Antes al contrario. Tal

³⁸ *Teoría pura*, pp. 89-90 y ss.

³⁹ Véase a Sánchez Vázquez, Adolfo, *Ensayos marxistas sobre filosofía e ideología*, Ed. Océano, Barcelona, S/f., p. 139-164.

escisión netamente kantiana —que no-barrera infranqueable, como lo refiere Sánchez Vázquez en alusión directa a los neokantianos— tiene como propósito cumplir con todas las exigencias de científicidad, y no evadirlas con el argumento de que la ciencia jurídica, como ciencia normativa, posee su propia especificidad, para lo cual recurre precisamente a la proscripción de los juicios de valor del ámbito de la ciencia.

Debe quedar claro en esta tesis que cuando el fundador de la escuela de Viena establece la diferencia entre ciencia y política, es cierto, como se ha venido analizando, deja claro que los fines propios de la ciencia —la explicación y descripción de la realidad— no deben ser influidos por la política, cuyo propósito esencial, a diferencia del de la ciencia, es proyectar y tratar de materializar los objetivos consensados en un orden social determinado, todo lo cual está en función directa con la «voluntad» de los sujetos que con base a valores interactúan y establecen relaciones de distinta índole, y para realizar esos valores recurren a la actividad política, pero de ninguna manera la distinción que Kelsen hace entre juicios de valor y juicios de hecho lo conduce a no ver las implicaciones entre lo jurídico y lo político, pues como bien lo dice Agustín Basave Fernández del Valle —para hacer referencia a una postura opuesta a la de Kelsen en la que se encuentra una feliz coincidencia—, “...la política y el derecho se implican y complican, aunque no se confunden⁴⁰. Y esto es lo percibe Kelsen en las relaciones entre la *quaestio facti* (enunciados de hecho) y la *quaestio iuris* (enunciados normativos o deónticos que involucran juicios de valor).

Pero para Hans Kelsen, a diferencia de los iusnaturalistas que apuestan a las verdades cerradas y absolutas contenidas en principios normativos

⁴⁰ Basave Fernández del Valle, Agustín “Fundamentos y esencia del derecho internacional”, publicado en *Derecho y sociedad*, revista del Colegio de Abogados de Nuevo León, A. C., año 2, número 2, 1999, p. 39.

cognoscibles sólo a través de la razón y por procedimientos intuitivos, el lenguaje del derecho es un lenguaje abierto, no cerrado como lo son los lenguajes de la matemática y el de la lógica, por tanto, desde el punto de vista de la verdad legal, corresponde sólo a los órganos jurídicos de aplicación del derecho —jurisdiccionales y administrativos— cerrar el lenguaje del derecho con la aplicación de las normas jurídicas en los casos concretos que se les presentan, y es en ese proceso de aplicación del derecho, precisamente al establecerse la relación silogística entre la *quaestio iuris* (premisa mayor) y la *quaestio facti* (premisa menor) para fundar en derecho una decisión judicial o administrativa cualquiera, donde necesariamente confluyen en la persona del juzgador los juicios de valor de distinta índole, los cuales aparecen a la vista de todos como si fueran juicios de hecho, y si los juicios de valor, como se verá más adelante, son el factor determinante para la elección de una entre las varias interpretaciones posibles del derecho para fundar una decisión judicial determinada, por tanto, aunque se quisiera no es posible expulsar de la ciencia jurídica la política jurídica, pues sin política jurídica no habría posibilidad alguna para la interpretación de la ley. Esta postura no está explícita en el discurso de Kelsen, pero de la lectura integral de su obra se deriva.

Dicho de otro modo, anticipando un poco a lo que es materia de los capítulos quinto y sexto de esta tesis, para que el derecho positivo encuentre una plena mediación con la facticidad a través de la interpretación de la ley, es necesaria la presencia de los juicios de valor. Y no sólo los contenidos en las normas jurídicas, sino también los que subyacen en la cabeza del intérprete de la ley y aquellos que han estructurado su personalidad. De ahí que, en el problema de la interpretación de la ley, en cualquiera de los contextos posibles, sea válida la aplicación de la siguiente parodia hecha de un conocido

proverbio: si la política jurídica es expulsada por la puerta del proceso de interpretación de la ley, ésta regresará inmediatamente por la ventana.

Esto es así porque, como se recordará, la ciencia jurídica para Kelsen se ocupa única y exclusivamente de describir su objeto, de decir, de establecer cómo es el derecho y no, con base a la jerarquización una tabla de valores impuesta o consensada, prescribir cómo debe de ser el derecho, porque el cómo *debe ser* el derecho, o cómo *debe ser hecho* el derecho, es algo que concierne al arte del comportamiento, es decir a la política, desde la perspectiva kelseniana. Por lo que se trataría, en este caso, de una actividad orientada a los valores y por tanto es un problema de la política jurídica. No de la ciencia jurídica.

Pero aquí surgiría una pregunta ¿si la interpretación de la ley, en el pensamiento kelseniano, aparece como la categoría de la mediación entre facticidad y validez (o como la posibilidad de que el derecho pueda ser conocido), esto significaría que sólo los facultados legalmente para interpretar y aplicar la ley pueden —o debe— ejecutar la función que pone en relación la *quaestio facti* y la *quaestio iuris*, de la cual se deriva sentido del mandamiento legal que se debe acatar? No necesariamente. Ya Kelsen establece una clara diferenciación entre la interpretación de la ley que hacen los órganos jurídicos de aplicación del derecho y la interpretación científica del derecho realizada por los juristas; lo que no excluye, de ninguna manera, la interpretación de la ley que realizan los hombre comunes a quienes se dirigen las normas jurídicas. Sobre lo que no hace referencia Kelsen.

El primer tipo de interpretación de la ley se precisa en caso de que las partes de un conflicto se someten a la decisión de los tribunales —trátese de conflictos colectivos o individuales. Pero por lo general, toda vez que el derecho ha resultado ser la mejor técnica de control social, los individuos, para

ajustar su conducta a la normatividad vigente y así evitar la sanción correspondiente, también con los medios a su alcance hacen interpretaciones de la ley para adecuar su conducta al mandato prescrito por la ley, o bien para oponerse a ella.

Volviendo al punto de los valores, el único valor que no se excluye de la actividad científica es el valor de la *verdad*, “sin embargo —escribe Kelsen— es cierto que la verdad no es un valor en el mismo sentido en que lo son los valores que sustentan la actividad política, como la libertad individual o la seguridad económica. Juzgar que algo es verdadero o falso difiere esencialmente de juzgar que es bueno o malo, fórmula ésta característica de los juicios de valor”⁴¹.

Luego, entonces, la búsqueda de la conformidad de los enunciados científicos con la realidad —y no con los juicios de valor, en lo que con facilidad se cae—, obliga al investigador en la medida de lo posible controlar sus juicios de valor. Pues la realidad no es como se quisiera que sea sino como es, por eso en la actividad científica, con todo y que en la elección del objeto a investigar pudiera ser influido por juicios de valor, ya elegido éste en el proceso mismo de la investigación es válido apelar a la neutralidad ideológica y hacer esfuerzos para lograrla, sin que esto signifique que por un mero acto de voluntad se logre y que, como se desprende la postura de Adolfo Sánchez Vázquez, detrás de esta actitud de esté siempre y necesariamente la intención de justificar una irresponsabilidad moral, política y social del científico.

Ahora bien, ya constituida la ciencia como tal, al hacer uso de ella para leer la realidad y aplicar sus conocimientos a una u otra casa, por ejemplo para promover el cambio de un orden social o para mantener su vigencia, es algo que en mucho tiene que ver con la subjetividad, con los juicios de valor, y por

tanto con la política. Kelsen jamás vio en la neutralidad ideológica una forma de evadir su responsabilidad moral y política como científico —para refutar una vez más a Sánchez Vázquez.

Prueba de ello es que en su *Teoría pura del derecho* concebida como una ciencia normativa, a la vez que proporciona un andamiaje teórico para formular enunciados deónticos que describen el derecho, éste no soslaya la política jurídica, que esencialmente se refiere a juicios de valor. Y además, prueba de ello es también toda su obra dirigida al estudio de la política jurídica.



UANL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN



DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

⁴¹ *Ciencia y política*, p. 255.



3 UANL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN



DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

CAPÍTULO TERCERO

LA NORMA FUNDANTE BÁSICA

SUMARIO: 1 IUSNATURALISMO Y SOCIOLOGISMO ANTE EL PROBLEMA DE LA MEDIACIÓN ENTRE FACTICIDAD Y VALIDEZ. 2. GARCÍA MÁYNEZ VERSUS KELSEN. 3. K. J. FRIEDRICH VERSUS KELSEN. 4. OBSERVACIONES CRÍTICAS SOBRE LOS ANTERIORES PUNTOS DE VISTA Y DOS TESIS SOBRE LA NORMA FUNDANTE BÁSICA.

1. IUSNATURALISMO Y SOCIOLOGISMO ANTE EL PROBLEMA DE LA MEDIACIÓN ENTRE FACTICIDAD Y VALIDEZ. La pregunta de cómo en la *Teoría pura del derecho* se da la mediación entre facticidad y validez carece de sentido para las posturas causales y teleológicas del conocimiento jurídico, pues como se ha dicho, el principal reproche que se hace al jurista vienés, desde el iusnaturalismo, sociologismo jurídico y el marxismo, es que su doctrina evade todo contacto con la realidad y el problema de la validez.

Así, por ejemplo, dice E. B. Pashukanis, refiriéndose a Kelsen: “Los neokantianos siempre pueden asegurarnos que según ellos *la idea de derecho* no procede de la experiencia genéticamente, es decir cronológicamente; sin embargo, debemos advertir, que la supuesta filosofía crítica nos remite en este punto, como en muchos otros, a la escolástica medieval”¹, y más adelante, aludiendo a la *Teoría pura* añade: “Tal teoría general del derecho que no explica nada, que *a priori* vuelve la espalda a las realidades de hecho, es decir, a la vida social, y que se dedica a las normas sin ocuparse de su origen (¡lo cual es una cuestión metajurídica!), O de sus relaciones con cualesquiera

¹ E. B. Pashukanis, p. 25.

intereses materiales, no puede pretender el título de teoría sino únicamente en el sentido en que se suele hablar por ejemplo de una teoría del juego de ajedrez²². Obsérvese que esta postura coincide con el sociologismo de E. Ehrlich, para quien el auténtico derecho es el que se vive en la calle y la auténtica ciencia jurídica debe ocuparse de los hechos. Interpretarlos. No darles la espalda.

Lo que está detrás de estos reproches, semejantes a los del iusnaturalismo que más adelante se expondrán y analizarán, es 1º.) la manera como en el constructivismo normativista kelseniano se resuelve el problema de la validez y 2º.) la forma como se establece la mediación entre la validez y facticidad, lo primero sustituyendo los juicios de valor en que se fundan las posturas causalistas y teleológicas por la norma fundante básica (Grundnorm), y lo segundo a través de su *Teoría sobre la interpretación de la ley*, la cual es parte de su Teoría General del Derecho y se inscribe dentro de la política jurídica que más adelante se expondrá con detalle.

En cuanto al problema de la validez, obviamente los críticos de Kelsen no se refieren sólo al problema de la validez jurídica, en donde para tratarlo de una o de otra manera tienen que recurrir al propio Kelsen y a su discípulo Adolf Merkl, sino también al problema de la validez metajurídica, el cual, para el profesor austriaco no es un problema que se debe plantear a la ciencia jurídica, sino de la política jurídica; o bien de la filosofía política. Ahora bien, antes de elaborar parte de la argumentación para probar la hipótesis 5 que es central de esta tesis, se abordarán los principales puntos del debate sobre la Grundnorm entre Kelsen y sus principales críticos antes referidos, lo que esencialmente tiene que ver con el problema de la validez metajurídica y de la relación entre validez y facticidad.

² Ob. cit. p. 29.

En la raíz del planteamiento de este problema no hay diferencias de fondo entre quienes sostienen posturas justificacionistas³, racionalistas (iusnaturalistas) y empiristas (sociologistas) clásicos. Todas ellas coinciden en que la *Teoría pura del derecho* resuelve sólo el problema de la validez jurídica (o jurídico-técnica); pero no el problema de la validez metajurídica, problema que para la mayoría de los juristas corresponde analizar en el campo de la filosofía del derecho. “Es innegable —dice Gustav Radbruch— que la validez del Derecho no puede basarse ni en las normas del derecho positivo ni en hechos como los del poder o el reconocimiento, sino solamente en un deber superior o supremo, en un valor suprapositivo”⁴.

La diferencia entre iusnaturalistas y sociologistas es sólo con respecto a la naturaleza específica del valor suprajurídico exigible para considerar un hecho como derecho, sin el cual el derecho es algo vacío. En el caso de las distintas corrientes del iusnaturalismo la búsqueda de este valor conduce a la naturaleza humana —aunque a decir verdad, no ha habido acuerdo sobre qué debe entenderse por naturaleza humana— y en última instancia a Dios, y en el caso de las tendencias del sociologismo jurídico este valor se deriva de la fuerza normativa de los hechos. En ambas posturas, sin ese valor exigible al contenido de la norma jurídica, no es posible que se produzca mediación alguna entre validez y facticidad.

Es esta la razón por la cual aquí se considera que para el propósito de revisar los puntos centrales de este debate, sea suficiente con analizar las posturas de dos autores inscritos dentro del iusnaturalismo. La primera es la

³ En filosofía de la ciencia, el término “justificacionismo” hace referencia a las posturas que sostienen que por conocimiento científico debe entenderse conocimiento demostrado, ya sea por la evidencia de la razón o la de la experiencia.

⁴ Radbruch, Gustav, *Introducción a la filosofía del derecho* [Tr. Wenceslao Roces], Fondo de Cultura Económica, México, 1985, p. 51.

del jurista mexicano Eduardo García Máynez, y la segunda la del jurista alemán K. J. Friedrich.

2. GARCÍA MÁYNEZ VERSUS KELSEN. No sin dejar de reconocer la importancia de la *Teoría pura del derecho*, con la cual dice Eduardo García Máynez, se puede o no coincidir pero no dejarla pasar por alto, pues ella obliga a asumir una postura ya sea para desarrollarla o para refutarla⁵, este autor reprocha a Kelsen la supresión del problema de la validez del derecho de la *Teoría pura*, problema que para él constituye el problema fundamental de la filosofía del derecho —lo que incuestionablemente es cierto y Kelsen nunca niega—, y pretender resolver el problema de la validez en los términos que lo hace Kelsen, cuestiona García Máynez, “...gracias a la suposición de una norma hipotética es, en último término, realizar la apoteosis del derecho vigente, y equivale a colocar una aureola sobre la cabeza del legislador”⁶. Tal es el punto de vista que sostiene quien merecidamente fue profesor emérito de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). No hay duda de que esta expresión forma parte de una bella pieza de retórica, pero véase detenidamente que tanto de consistencia y de verdad hay en ella.

En términos gnoseológicos García Máynez sostiene y defiende la tesis muy neoplatónica de la unidad del ser, por lo que como es comprensible, atrincherado en la metafísica jurídica rechaza el dualismo neokantiano del ser y deber ser asumido por Kelsen, lo cual es mostrado por sus críticos —y el mismo Kelsen así lo concibe en el inicio del desarrollo de su obra— como irreconciliable en todos sus momentos. A partir de esta postura, y a partir

⁵ García Máynez, Eduardo, *Ensayos jurídico-filosóficos, 1934-1979*, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, Col. Textos Universitarios, México, 1984, p. 227.

⁶ Ob. cit. p. 18. En ensayo *El problema de la validez del derecho*.

también de la teoría jerárquica de las normas de Merkl, Eduardo García Máynez sostiene que no obstante el doble papel que juegan los preceptos normativos en su relación de supra-ordinación —es decir, como normas y actos de aplicación—, no todas las normas ni todos los actos muestran una doble duplicidad, pues hay un límite tanto de arriba como de abajo. El límite de arriba es la norma fundamental (la constitución), y los límites de abajo se constituyen por las normas jurídicas individualizadas, es decir, aquellas normas que surgen de la aplicación del derecho que hace el juez a los casos concretos que se le presentan, denominadas por este autor como «actos finales de ejecución», los cuales, por caer con su realización dentro del reino del deber ser ya no son susceptible de producir consecuencias de derecho, sostiene García Máynez.

Y enseguida, para cuestionar la manera como Kelsen resuelve el problema de la validez a través de la *Grundnorm*, García Máynez asienta la siguiente tesis: “La norma suprema no es un acto, pues como su nombre lo indica, es un principio límite, es decir, norma sobre la que no existe ningún precepto de superior categoría”⁷.

¿Pero cuál es el fundamento de validez —metajurídica, desde luego— de la norma límite y del orden jurídico total? Se pregunta García Máynez. A lo que, previa crítica del *factum* de la positividad de la *Grundnorm* kelseniana por pretender proporcionar validez al orden jurídico y a su norma límite, responde sin duda alguna que “...la aplicación normativa constituye un puente tendido entre dos mundos: el axiológico del deber ser y el de las realidades, es decir, el del ser. Todo deber —sostiene—, al ser cumplido, penetra en la esfera del ser. En el acto de aplicación consúmase dicho tránsito”⁸.

⁷ Ob. cit. p. 15.

⁸ *Ibidem*.

En este punto se muestra de manera muy clara el por qué del rechazo de Hans Kelsen a legitimación que obtiene el derecho a través de la metafísica jurídica, pues a través del iusnaturalismo —sin dejar de considerar y reconocer que éste en su milenaria existencia ha constituido un campo fértil para la reflexión e identificación de los problemas de la filosofía del derecho, además de que en momentos cruciales de la historia de la humanidad ha servido de arma de lucha contra las arbitrariedades del derecho positivo creado por gobiernos despóticos—, existe siempre el latente peligro de que sea usado para fines de la legitimación de regímenes autoritarios, pues basta y es suficiente con que los órganos jurídicos de aplicación del derecho apliquen una norma jurídica cualquiera producido a nombre de la Teoría del Derecho Natural —donde es fácil que se agazapen posturas ideológicas de todo tipo—, para que por ese sólo hecho, y también a nombre del Derecho Natural, se produzca una «legítima» mediación entre facticidad y validez, es decir, entre el derecho —deber ser— que tan sólo por el hecho de haber sido aplicado por el juez, como lo plantea Eduardo García Máynez, entra al «reino del deber ser», con lo que ya producida esa transferencia, de inmediato surge el riesgo de que se cancele toda posibilidad de crítica.

Piénsese por ejemplo en lo que en materia penal, sin que aún haya sido objeto siquiera de los debates en el poder legislativo del Estado mexicano, se ha dado en llamar en la doctrina como la «prueba imposible». En realidad no hay tal prueba imposible, se trata solamente de una infundada negativa del juez para aceptar como válida una prueba testimonial ofrecida por el procesado, que para él es determinante en el esclarecimiento de los hechos que se investigan dentro del proceso penal.

El procesado tiene derecho a recurrir por medio del juicio de amparo esa resolución del inferior, pero se han dado muchos casos en los que, ya

resuelto por el *a quo* el juicio de amparo a favor del inculpado —por lo que el inferior debe cumplir esa resolución que demuestra su actuar ilegal por haber rechazado la referida prueba—, pero resulta que esta prueba en los hechos materialmente no se puede desahogar, como lo ordena la sentencia del juicio de amparo, por haber fallecido el testigo ofrecido por el procesado. En estos casos, el juez de la causa emite una nueva resolución en la que informa al *a quo* respecto a su «fidel cumplimiento» del mandato emitido en la resolución del juicio de amparo. Con esta nueva resolución el inferior cumple formalmente con lo decretado por el *a quo*, y por medio del cumplimiento de este mero formalismo, en los términos planteados por García Máynez esa aplicación normativa efectuada por el inferior —la que como tal es parte del mundo axiológico, es decir, del deber ser— entra al mundo de las realidades, es decir, el mundo del ser, supuestamente por tratarse de un deber ser cumplido.

3. K. J. FRIEDRICH VERSUS KELSEN. De la misma forma aborda este mismo tema Karl Joachim Friedrich: “Si se pregunta en qué se basa la validez de estas normas de la ley positivas —cuestiona Friedrich, refiriéndose al derecho positivo en general, objeto de la *Teoría pura*— Kelsen y su escuela responden que se fundan en la norma básica (Grundnorm). Esta norma básica es una norma que establece que se debe obedecer al parlamento, al monarca, etc. Queda por saber por qué debe ser así. Esta pregunta decisiva queda incontestada, de lo cual resulta que el *Estado* o los que elaboraron la Grundnorm se convierten en un absoluto axiomático⁹. Friedrich alude a la norma fundante básica como un supuesto meramente hipotético, la cual por su

⁹ Joachim Friedrich, Carl, *Filosofía del derecho* [Tr. Margarita Álvarez Franco], Ed. Fondo de Cultura Económica, México, México, 1969, p. 250.

propia naturaleza, y debido a que de la Grundnorm se expulsa del Derecho Natural, proporciona validez a las normas jurídicas.

En su exposición Friedrich critica a Kelsen por hacer uso de la norma fundante básica para rechazar al Derecho Natural, con el argumento de que el Derecho Natural quebranta la unidad del sistema jurídico, “...cabría preguntar —dice Friedrich— si el Derecho Natural no pudiese ser absorbido en esta unidad. [...] ¿Hay algo que nos impida tratar las normas que contiene junto con las normas del orden legal positivo como si formaran un todo?¹⁰”.

Y al referirse a la Grundnorm como núcleo del pensamiento kelseniano, según el cual “...todas las normas cuya validez pueda remitirse a una y misma norma fundante básica, constituyen un sistema de normas, un orden normativo¹¹”, Friedrich opone la siguiente argumentación, la misma que soslayando la política jurídica inmersa en la *Teoría pura del derecho*, se ha hecho por iusnaturalistas y sociologistas de todas las tendencias: “No obstante esta cuestión acerca de la validez de las normas, no debe entenderse ni psicológica, ni sociológica, ni políticamente, sino en sentido estrictamente normativo. Ante semejante enunciado, el problema de la validez no se resuelve, sino que se vuelve tautológico. Podemos apreciar aquí el peligro de dividir el mundo en dos mitades, la del es y la del debe. En realidad se da por sentado que la norma básica es válida. Dentro del campo del orden constitucional las consecuencias son muy singulares. ‘Si nos preguntamos por qué es válida la constitución, tal vez nos encontramos frente a una constitución más antigua’. Finalmente, llegaremos a una constitución que históricamente sea la primera, y que haya sido dictada por algún usurpador con alguna especie de asamblea. Aún la voluntad de semejante usurpador

¹⁰ Ob. cit. p. 249.

¹¹ *Teoría pura*, p. 202 y ss.

servirá de fundamento a una norma básica que en este caso dirá ‘Debes obedecer’. Así Kelsen llega a la conclusión de que ‘la validez de esta primera constitución es la última de las suposiciones, el postulado final del cual depende la validez de todas las normas de nuestro orden legal¹²’.

Cualquiera que acuda a la fuente directa podrá observar que el último entrecomillado de la anterior cita de Friedrich, en referencia textual a la *Teoría pura del derecho*, corresponde al típico acto de deshonestidad intelectual que obliga a decir a un autor lo que se quiere que diga, pues, a decir verdad, Kelsen nunca abandona su idea de que la norma fundante básica es una norma presupuesta en un pensamiento jurídico, no impuesta por ninguna autoridad. Y para comprender tal concepto y los alcances que inquietan a Friedrich, habría que ver y analizar cuidadosamente el planteamiento que Kelsen hace respecto a la relación que existe entre «legitimidad» y «efectividad», apartado f del capítulo V de la *Teoría pura del derecho*, sobre la dinámica jurídica¹³.

4. OBSERVACIONES CRÍTICAS SOBRE LOS ANTERIORES PUNTOS DE VISTA Y DOS TESIS SOBRE LA NORMA FUNDANTE BÁSICA. A decir verdad, en lo que respecta a esta parte del debate kelseniano es algo que ya está precluido, el mismo Kelsen tuvo la oportunidad de rebatir a sus críticos todos estos tópicos, y si aquí se abordan de nuevo es porque no obstante que el debate poskelseniano se encuentra en otro nivel, en las escuelas y facultades de

¹² Ob. cit., p. 251.

¹³ La cuestionada cita de Friedrich sólo hace referencia al apartado c del referido capítulo, páginas 207 y 208 de la traducción del alemán al castellano, de la segunda edición hecha por Roberto J. Vernengo, la cual en esta tesis se ha estado citando. A propósito, la relación planteada por Kelsen entre legitimidad y efectividad, la cual es omitida por Friedrich, se analizará en el capítulo quinto de esta tesis.

derecho todo esto es silenciado y en los salones de clase se siguen reproduciendo los mismos argumentos hechos, los mismos lugares comunes de hace 50 o 60 años. Uno de los principales yerros en que caen los detractores de la *Teoría pura*, lo cual se puede sintetizar en la postura de los dos autores que en esta tesis se analizan, es que inintencional o intencionalmente confunden la norma fundante básica con la constitución del Estado.

Es cierto que en el sistema kelseniano se establece que el fundamento de validez de una norma no se puede establecer mediante la verificación de un hecho empírico: “De que algo *sea* —escribe Kelsen—, no puede seguirse que algo *deba*; así como, de que algo *sea debido*, no puede seguirse, que algo *sea*”¹⁴. De ahí que “...el fundamento de validez de una norma sólo puede encontrarse en la validez de otra norma¹⁵”, la que a su vez se fundamenta en otra norma de superior jerarquía, y así hasta llegar a lo que para Kelsen es la Grundnorm y para García Máynez la «norma límite superior»¹⁶, es decir, la constitución del Estado. Algo completamente distinto del significado que Kelsen atribuye a la Grundnorm.

Pero, *craso error*, la Grundnorm no es para Kelsen la constitución del Estado, como erróneamente lo percibe Friedrich y la mayoría de los críticos de Kelsen, o como lo quiere percibir García Máynez y sin querer ver siquiera que en la *Teoría pura del derecho*, y en sí en todo el pensamiento kelseniano, no sólo se planta una ciencia jurídica, sino también y al mismo tiempo una política jurídica que aborda los problemas sobre la interpretación de las

¹⁴ *Teoría pura*, p. 201.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ García Máynez, *Ob. cit.* p. 15.

normas jurídicas particulares y el problema de los juicios de valor, o el problema de cómo el derecho deba ser hecho.

Dicho en otros términos, Hans Kelsen jamás vio en la constitución del Estado el último fundamento de validez del orden jurídico, sino en la Grundnorm (norma fundante básica). Y es el caso que la norma fundante básica, como el mismo Kelsen lo refiere en respuesta a sus críticos, "...no se encuentra 'contenida' en un orden jurídico positivo, puesto que no es una norma positiva, es decir, impuesta, sino una norma presupuesta en un pensamiento jurídico"¹⁷.

De ahí que al argumentarse, como lo hace Eduardo García Máynez, que "Kelsen llama a esta primera constitución *norma fundamental originaria*"¹⁸, refiriéndose a la primera constitución de una serie de constituciones sucesivas de un determinado Estado, o decir que "Kelsen llega a la conclusión de que la validez de esa primera constitución es la última de las suposiciones, el postulado final del cual depende la validez de todas las normas de nuestro orden legal"¹⁹, como erróneamente lo percibe y lo dice con toda seguridad Friedrich, sólo conlleva a que al establecimiento de una pifia como base de lo que pretende ser una crítica fundada contra la teoría de la norma fundante básica kelseniana, necesariamente tenga que producir como resultado no dar en el blanco que se persigue.

Luego, entonces, ni en el primado del derecho interno —en donde se podría encontrar la primera de una serie de sucesivas constituciones de un determinado Estado, aunque haya sido de algún dictador, ni en el primado del Derecho internacional —en dónde la revolución victoriosa es considerada, por

¹⁷ *Teoría pura*, p. 206, *infra*, cita 118, en réplica que hace a Manger, uno de sus críticos.

¹⁸ García Máynez, *Ob. cit.* p. 17.

¹⁹ Friedrich, p. 251.

los gobiernos de la comunidad de naciones, como un procedimiento especial para reconocer la legitimidad de un gobierno—, se debe buscar la norma fundante básica, pues ha quedado claro que la Grundnorm no es una norma impuesta. Es, y no otra cosa, una norma «presupuesta» en el pensamiento jurídico, para enfatizar una vez más la contraréplica que de manera contundente hace Kelsen a Menger, uno de sus principales críticos.

¿Y en cuanto a la frivolidad atribuida a Kelsen por Friedrich, respecto a que su norma fundante básica “...es una norma que establece que se debe obedecer al parlamento, al monarca, etc., sin que se responda a la pregunta de ¿por qué debe ser así?” De lo que resulta, según este autor, “...que el estado o los o los que elaboraron la Grundnorm se conviertan en un absoluto axiomático”²⁰. No hay tal cosa. Kelsen jamás deja de contestar a la pregunta por qué se debe obedecer el derecho, ni mucho menos su respuesta tiene algo que ver con el absolutismo alguno. Antes al contrario, en su ensayo *Absolutismo y relativismo en filosofía y política*²¹, a la vez que pone de relieve el paralelismo que existe entre el absolutismo filosófico —en el cual se fundan todas las corrientes iusnaturalistas— y el absolutismo político, en cuanto que el primero exige un objeto de conocimiento absoluto y un sujeto pasivo convertido en receptáculo del conocimiento, y el segundo, el absoluto soberano —sea monarca o emperador, etc.— exige una sumisión absoluta del súbdito, también exalta la característica esencial de todo absolutismo político: su incomprensión con la idea de igualdad, que sólo es comprendida por la teoría de la democracia; pues el absolutismo político “...sólo puede justificarse presuponiendo una diferencia esencial entre el gobernante y los

²⁰ Ob. cit. p. 250.

²¹ Kelsen, Hans, *Absolutismo y relativismo en filosofía y política*, pp. 113-125.

gobernados”²². Por tanto, sostiene Kelsen, quien no por nada fue un eterno perseguido de los regímenes fascistas, “...el absolutismo político es sinónimo de despotismo, de dictadura, de autocracia”²³.

A la pregunta formulada por Rousseau sobre cómo “...encontrar una forma de sociedad que defienda y proteja, con toda la fuerza de la comunidad, la persona y la propiedad de cada uno de los miembros y mediante la cual cada uno, uniéndose a todos, sin embargo solamente se obedezca así mismo y siga siendo libre”²⁴, Kelsen encuentra en la *Teoría de la democracia* la respuesta: “Un súbdito es políticamente libre —escribe Kelsen— en la medida en que su voluntad individual se encuentra en armonía con la ‘colectiva’ (‘o general’) expresada en el orden social.

Esa armonía entre la voluntad ‘colectiva’ y la individual solamente queda garantizada cuando el orden social es creado por los individuos sujetos al propio orden. El orden social significa la determinación de la voluntad del individuo. La libertad política, esto es, bajo un orden social, es autodeterminación del individuo por participación en la creación del orden social. La libertad implícita en lo que llamamos libertad política es, en el fondo, autonomía”²⁵.

¿Esto quiere decir que la norma fundante básica, como «norma presupuesta en el pensamiento jurídico», según Kelsen, se deriva del consenso que crea el orden social, en el cual participan los ciudadanos con base a su facultad de autodeterminación y a él se someten? Tal cosa no la afirma expresamente Kelsen. Por el contrario, él insiste en que la norma fundante

²² Ob. cit. p. 117.

²³ *Ibidem*.

²⁴ Juan Jacobo Rousseau, *El contrato social* [Tr. Enrique Azcoaga], Ed. Sarpe, Madrid, 1983, p. 41

²⁵ Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, p. 338.

básica, la cual es la base de su sistema teórico-jurídico y a la vez constituye también el medio para cerrar dicho sistema desde arriba, se constituye por un presupuesto lógico trascendental. Mas sin embargo, recuérdese que en la distinción que hace entre «validez» y «efectividad», no obstante señalar que aquella no se funda en ésta, al mismo tiempo establece que “...un mínimo de la llamada *efectividad* es condición de su *validez*”²⁶.

Esta afirmación que para los críticos del formalismo jurídico planteado por Kelsen es una incongruencia del sistema kelseniano, no es tal para el punto de vista que se sostiene en esta tesis, pues, para reforzar lo antes expuesto sobre el formalismo jurídico —hay que decirlo con énfasis— no es el peldaño que conduce a entronizar a la entelequia, sino un medio al que se recurre para constituir la ciencia como tal, con el propósito de que ésta de cuenta de su objeto de estudio. Por tanto, con base a lo anterior se puede concluir que detrás de la norma fundante básica, que como norma presupuesta en el pensamiento jurídico no se encuentra contenida en el orden positivo, en última instancia se encuentra el consenso en el que participan los ciudadanos para establecer el orden jurídico al cual se someten con base a su autodeterminación como ciudadanos.

Pero aquí surgen otras interrogantes: ¿Hablar de «autodeterminación» del ciudadano, o de «dignidad» política del ciudadano, es decir, de capacidad de autodeterminación con base a lo cual éste participa en la creación del orden social y a él se somete, no es acaso hablar de valores? Por supuesto que sí. ¿Esto significa, entonces, que el fundamento de validez del orden jurídico en Kelsen se resuelve de una manera metajurídica, igual que en el iusnaturalismo? ¿Entonces tiene razón Eduardo García Máynez, cuando afirma que en el fondo de la doctrina kelseniana no se excluyen los juicios de

²⁶ *Teoria pura*, p. 24.

Kelsen se resuelve de una manera metajurídica, igual que en el iusnaturalismo? ¿Entonces tiene razón Eduardo García Máynez, cuando afirma que en el fondo de la doctrina kelseniana no se excluyen los juicios de valor, ya que “...tras la afirmación teórica hipotética, de la norma suprema existe una voluntad valorizada, a saber, el deseo de afirmar la necesidad de un orden positivo?²⁷”. En efecto, todo esto es cierto.

Pero se trata de un aserto parcial. Primero porque al referirse a los hechos productores de normas, o al proceso de creación del orden jurídico, no se está hablando de ciencia jurídica sino de política jurídica —lo que Kelsen jamás renunció a hacer en su vida—, y segundo porque como el mismo profesor vienés lo refiere expresamente, el único valor que no se excluye de la actividad científica es el valor de la «verdad», y el deseo kelseniano de afirmar la necesidad de un orden positivo, como lo refiere García Máynez, es ciertamente un valor, pero no es un valor en el mismo sentido en que lo son los valores que sustentan la actividad política que juzgan sobre el bien y el mal, sino un valor que de una o de otra manera tiene que ver con el problema de la verdad. Mas en lo que respecta a los valores de cualquier índole inmersos en la actividad propia de la producción de derecho, ya sea por los órganos de creación o de aplicación de derecho, es algo que no corresponde a la esfera de la ciencia jurídica, sino a la esfera de la política jurídica.

No cabe duda de que García Máynez entiende mejor el problema que Friedrich, pues al reducir al absurdo la supuesta argumentación kelseniana de que la validez de la constitución vigente se encuentra en el primado del orden jurídico nacional —la primera constitución de una serie de constituciones del Estado, a lo que García Máynez dice que Kelsen llama “..norma fundamental

²⁷ *Ibidem*.

originaria”²⁸—, o bien en el primado del Derecho internacional, señala con énfasis que la dificultad subsiste, “...pues en ambas hipótesis se trata de normas originarias que es imposible justificar de modo jurídico”²⁹. A lo que agrega, aún con mayor fuerza: “No queda otro remedio que suponer su validez. Pero ello equivale a renunciar a la solución del problema”³⁰.

Como se acaba de exponer en párrafos arriba, contrario a lo que sostiene Eduardo García Máynez, Kelsen no renuncia a la solución de este problema, sólo que la solución metajurídica que él ofrece para ello no es a partir de la metafísica jurídica —en cualquiera de las vertientes del iusnaturalismo—, sino a partir de la política jurídica, a lo que sí renuncian los iusnaturalistas. Esta es la principal crítica que se puede hacer a los iusnaturalistas: el problema no estriba en la asunción de una metafísica jurídica cualquiera, pues como se ha dicho en esta exposición, históricamente está demostrada la importante contribución del iusnaturalismo al desarrollo del derecho y la ciencia del derecho, nadie podría negar que los iusnaturalistas han sabido identificar y tratar con propiedad los problemas de la filosofía del derecho y de la ciencia del derecho. Para el sustentante de esta tesis el problema estriba en que, por regla general, las distintas corrientes del iusnaturalismo subsumen la política. Esto es lo grave.

²⁸ No es cierto que Kelsen llama a la primera constitución norma fundamental originaria, expresión que hace referencia al problema de los orígenes. No es lo mismo “norma fundamental originaria” que “norma fundamental básica”, y Kelsen jamás se refirió a ninguna norma fundamental originaria, sino sólo a una norma fundante básica. La primera hace referencia a los orígenes, de lo que Kelsen jamás se ocupó, pues como constructivista y convencionalista que es establece como fundamento de validez de un orden jurídico cualquiera una norma fundante básica presupuesta, no impuesta; el iusnaturalismo, en cambio, si se ocupa del problema de los orígenes, busca y dice haber encontrado los principios inmutables y absolutos de un derecho eterno válida para todos los tiempos y para todas las naciones.

²⁹ García Máynez, Ob. cit. P. 18.

³⁰ Ibidem.

Volviendo a Eduardo García Máynez, este autor parece interpretar correctamente la idea de Kelsen respecto a la norma fundante básica; pero apostado para combatirla en el tradicional «justificacionismo iusnaturalista» persuasivamente recurre a la precitada argumentación, la cual remata con un lugar común: “Kelsen nos dice que la norma fundamental es una hipótesis”. Y previa dilucidación que hace sobre lo que es una hipótesis científica, intempestivamente da un salto de su consabido «justificacionismo racionalista» al «justificacionismo empirista», para exigir que se pruebe esa hipótesis. Más adelante de nuevo vuelve a arremeter en el vacío: “El jefe de la Escuela Vienesa emplea el término en su acepción vulgar (sic) (como suposición o, mejor dicho, como postulado de su construcción normativa)”³¹.

En primer lugar el concepto postulado no tiene nada de vulgar en el lenguaje de la ciencia, y aunque ciertamente el postulado es una hipótesis, puesto que éste es un enunciado proposicional con carácter de supuesto primordial en el emprendimiento de una investigación científica, éste posee, a diferencia de otras hipótesis, una característica *sui generis*, es aceptado sin demostración alguna, a condición de que en el proceso de investigación que se realiza el postulado quede debidamente probado.

Ahora bien, la tesis que aquí se sostiene consiste en que la norma fundante básica, aunque pudiera y de hecho es confundida con las características propias de una hipótesis factual de cualquier tipo, o bien con un postulado, no es ni una cosa ni la otra. Si la Grundnorm hubiera sido concebida por Kelsen como una hipótesis en su sentido genérico, en algún lado de su obra se encontraría manifiestamente la preocupación de éste por que su formulación cumpliera con las exigencias epistemológicas de ser una hipótesis «bien formada» y satisficiera ampliamente, además, el requisito de

³¹ Ibidem.

los «conocimientos previos» y compatibilidad con el cuerpo de conocimientos acumulados en que se funda toda hipótesis factual, así como la referencia a los medios que posibilitarían la comprobación empírica de la Grundnorm, pero nada de esto existe porque nada de esto tiene que ver con una concepción formalista y normativista-constructivista del derecho, que es la concepción asumida por Kelsen. En algunos escritos de este pensador, no obstante, acepta sin conceder la característica hipotética de la Grundnorm.

Y en un segundo lugar —para concluir la réplica a García Máynez y a quienes como él sostienen este mismo punto de vista, a partir de lo antes expuesto se llega a la conclusión de que lo planteado por Kelsen como punto de partida para la construcción de su sistema teórico-jurídico, es decir, la norma fundante básica, no es una hipótesis en el sentido que usualmente este concepto adquiere en el lenguaje de la ciencia —aunque erróneamente sus críticos la hayan visto como hipótesis—, sino que más bien, la tan cuestionada Grundnorm debe ser vista tan sólo como una decisión tomada por Kelsen a partir de la perspectiva originalmente concebida por E. Poincaré en el campo cognitivo conocida como «convencionalismo», según la cual es válido para la construcción de un sistema —aunque ciertamente fue en las matemáticas donde el convencionalismo surgió y se desarrolló— la «decisión» tomada por los científicos con base a reglas epistemológicas para la construcción de proposiciones originarias (o axiomas) de un sistema, de las cuales se deducen lógicamente otras proposiciones a través de un procedimiento hipotético-deductivo.

El convencionalismo, surgido a mediados del siglo XIX, tuvo su desarrollo posterior en el Círculo de Viena, de manera particular con R. Carnap y L. Wittgenstein; pero el convencionalismo del Círculo de Viena no influyó sobre Kelsen. De ahí que es correcto afirmar que el convencionalismo

kelseniano que se expresa en la Grundnorm —como también en ésta se expresa el principio de economía del pensamiento de Mach—, y el cual sirve de «proposición» para la construcción de su sistema, proviene directamente de E. Poincaré. Nada tuvo que ver la influencia del Círculo de Viena sobre el pensamiento kelseniano, ya que en la evolución de su pensamiento, dos años después de los *problemas capitales*, poco a poco se perfila con nitidez la concepción dinámica del derecho, lo que en la primera mitad de los años veinte conduce a la configuración de la Grundnorm, plenamente explicitada en la primera edición de la *Teoría pura*, y el Círculo de Viena tuvo su eclosión hasta finales de los años veinte.

Como conclusión de este capítulo, se retorna a las erráticas críticas de García Máynez y Friedrich dirigidas a Kelsen para sostener lo siguiente: Lo que habría que preguntarse, en todo caso, es si con tal «decisión» de que echa mano Hans Kelsen, la cual se expresa en su norma fundante básica que como si dijo, “...tiene que ser presupuesta, dado que no puede ser impuesta por una autoridad cuya competencia tendría que basarse en una norma aún superior”³²,

se ha logrado producir o es posible producir en el posterior desarrollo de la idea de ciencia jurídica planteada por Kelsen, enunciados falsables que sean capaces de producir demostraciones y contrademostraciones, en los términos del novedoso camino abierto por Karl R. Popper, cuyo valor epistemológico aquí no es objeto de análisis y sobre el cual, sin decirlo —al menos no de manera tan explícita, Kelsen parece incursionar³³, aunque sin llegar al

³² *Teoría pura*, p. 202.

³³ Pero más que el falsacionismo metodológico de Kar R. Popper, el cual es subsidiario del convencionalismo de Poncairé, el convencionalismo kelseniano es influido por dicho pensador, entre otras corrientes de esta tendencia.

desarrollo final del Popper falsacionista no dogmático percibido por Lakatos; es decir, Kelsen al parecer se queda al nivel del falsacionismo dogmático³⁴.

Habría que considerarse, como postura de esta tesis, que en última instancia no necesariamente el desarrollo de la ciencia jurídica tiene que vérsese o analizársele desde la perspectiva de los senderos del justificacionismo que reduce la ciencia a conocimiento demostrado, ya sea por la intuición intelectual, o por revelación (en el caso del justificacionismo racionalista), o ya sea por medio de la experiencia o deducciones lógicas que supuestamente expresen los «puros» hechos (en el caso del justificacionismo empirista)³⁵.

En este aspecto, y pese a que en la concepción científica de Kelsen en lo que respecta a las disciplinas causales se manifiesta como la de un justificacionista empírico-clásico-dogmático, en términos de Lakatos, puesto que el fundador de la Escuela de Viena sólo acepta como axiomas un reducido conjunto de «enunciados de hecho» que expresan los «puros hechos» y el valor veritativo lo condiciona a la existencia de una base empírica³⁶, en lo referente a su concepción de la ciencia jurídica como ciencia normativas —y cuyos enunciados no son verdaderos o falsos sino válidos o no válidos— al postular Kelsen como base de su construcción normativa una norma fundante básica que no es impuesta sino presupuesta por el pensamiento político, vélgase aquí la redundancia, con esta decisión metodológica-convencionalista que conlleva a la elaboración de hipótesis auxiliares y a estrategias convencionalistas con lo cual se resuelven las anomalías del sistema

³⁴ Véase a Lakatos, Imre, "La falsación y la metodología de los programas de investigación científica", en *La crítica y el desarrollo del conocimiento*, [Francisco Hernán], Ed. Grijalbo, 2ª. edición, Col. Teoría y Realidad, No. 8, España, 1975, pp. 206-216 y ss.

³⁵ Lakatos, Ob. cit. pp. 205-208.

³⁶ Hans Kelsen, *Acercas de las fronteras entre el método jurídico y el método sociológico*, p. 292 y ss.

kelseniano, dicho pensador, al parecer se manifiesta como un falsacionista convencionalista.

Por último, el aspecto convencionalista que el sustentante de esta tesis percibe en la ciencia del derecho propuesta por el autor de la *Teoría pura del derecho* —particularmente en lo que se refiere a la formulación de la norma fundante básica, y el que desde luego tendrá que ser analizado en posteriores investigaciones con mayor detenimiento—, no se contrapone a la influencia de Ernest Mach sobre Kelsen percibida por otros, entre ellos Mario G. Losano, sino en todo caso más bien se complementa. Para el autor de *Teoría pura del derecho, evolución y puntos cruciales*, por cierto uno de los mejores críticos de Kelsen, hay en la base de la construcción de la norma fundante básica una clara influencia de la teoría sobre la economía del pensamiento de Ernest Mach³⁷, la cual según este autor sirve al fundador de la Escuela de Viena para establecer una economía de valor en donde la Grundnorm abarca la más amplia gama de la realidad. No es descartable este punto de vista suficientemente inventariado, ya que Mach tuvo mucho influencia en el desarrollo de la ciencia del siglo XX; pero en nada se contrapone esta apreciación a la decisión convencional aludida.

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

³⁷ Losano, Mario G, *Teoría pura del derecho, evolución y puntos cruciales*, pp. 18.19.



4 UANL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN



DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

CAPÍTULO CUARTO

RACIONALIDAD E IRRACIONALIDAD EN EL DERECHO

SUMARIO: 1. EL DERECHO Y LA CIENCIA DEL DERECHO. 2. LOS MITOS Y MISTERIOS EN LA CONSTRUCCIÓN DE LA VERDAD JURÍDICA. 2.1. PERMANENCIA DE LAS SOLEMNIDADES, RITUALISMOS, MITOS E IDEA MÁGICAS Y RELIGIOSAS. 2.2. PRIVILEGIOS DE LOS INTÉRPRETES Y LAS FUNCIONES DE RACIONALIDAD E IRRACIONALIDAD EN EL DERECHO. 2.3. DERECHO Y RELACIONES DE PODER, LAS CASTAS Y ESTAMENTOS DE JURISTAS EN EL SURGIMIENTO DEL COMMON LAW Y EL DERECHO RACIONAL MODERNO. 2.4. DE LO IMAGINARIO Y LO SIMBÓLICO. 2.5. EL PODER DE LO IMAGINARIO Y LO SIMBÓLICO EN LA DETERMINACIÓN DE LAS IDEAS DE JUSTICIA, AUTORIDAD Y SOBERANÍA. 2.6. LA EPISTEMOLOGÍA DE LAS SIGNIFICACIONES. 3. MITOS Y TEORÍAS EN LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY. 3.1. EL MITO DE LA ÚNICA INTERPRETACIÓN CORRECTA. 3.2. EL MITO DE LAS LAGUNAS DE LA LEY. 3.3. EL MITO DE QUE EL JUEZ SÓLO CUMPLE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y QUE SÓLO CREA DERECHO CUANDO LA LEY LO FACULTA PARA ELLO. 3.4. EL MITO DE LA INTERPRETACIÓN AUTÉNTICA. 3.5. LAS TEORÍAS.

1. EL DERECHO Y LA CIENCIA DEL DERECHO. En el capítulo segundo y al final del capítulo tercero han quedado expuestas algunas ideas sobre la concepción de la ciencia del derecho en Hans Kelsen. Ahora, en la parte introductoria de este capítulo, se tratará de establecer con la mayor precisión posible la diferencia entre el «derecho» y la «ciencia del derecho»; ello con el propósito de ahondar en seguida sobre los aspectos de racionalidad e irracionalidad que normalmente aparece en los sistemas normativos catalogados como jurídicos,

tanto en las sociedades modernas como en las distintas etapas de la historia de la humanidad en las que el derecho aparece como técnica de control social específica..

La expresión «derecho» posee varias acepciones, para el propósito de esta exposición sólo se hará referencia de la de mayor importancia, a fin de diferenciarla con la expresión «ciencia del derecho», es la siguiente: como ha quedado expuesto, con el término derecho, en el sentido de derecho positivo, se hace referencia a un conjunto o sistema de normas jurídicas que regulan «algunas» de las conductas externas de los seres humanos en una determinada sociedad, consideradas socialmente como de mayor relevancia, relaciones sociales que por ser reguladas por el derecho, reciben la denominación de relaciones de derecho o relaciones jurídicas, las que por fundarse en el derecho teóricamente no son concebidas como relaciones de fuerza, sino como relaciones de derecho.

La mayoría de los autores omiten, en la anterior definición, los términos «sistema» y «algunos», es decir, definen el derecho, en esta acepción, sólo como “un conjunto de normas jurídicas que regulan la conducta externa de los hombres en sociedad”. En esta definición, con la expresión «conducta externa», se acentúa la diferencia entre las normas morales y las normas jurídicas, pues desde el momento en que cada cual es legislador de las normas morales que acepta como tales, éstas poseen un origen autónomo y además son unilaterales, porque nadie puede obligar a una persona a que cumpla con un mandato moral, de lo contrario se perdería el carácter de un mandato moral; en tanto que las segundas, por ser mandatos establecidos por una autoridad política que ordenan imperativamente los aspectos más relevantes de la vida humana, no son normas de la naturaleza internas o autónomas como las normas morales, sino heterónomas o externas, y además,

a diferencia de las normas morales, son bilaterales porque la relación que se establece a través de las normas jurídicas una de las partes, el pretensor, puede obligar a la otra parte, el obligado, a que cumpla tal o cual cosa.

Cabe señalar que la segunda definición es incompleta, primero porque una norma jurídica cualquiera sólo adquiere sentido completud y validez, en relación con otras normas integrantes del sistema jurídico al cual pertenece; de ahí la importancia de la noción de «sistema», la cual no debe quedar al margen de esta definición de derecho, y segundo, porque no todas las conductas externas de los seres humanos son reguladas por el derecho, sino sólo «algunas» de ellas, aquéllas que por su importancia social merecen el tipo de regulación jurídica.

La impuntualidad en las citas de noviazgo, o la inasistencia a las misas dominicales, por ejemplo, son conductas que para nada interesan al derecho, sino en todo caso la primera es de incumbencia de la moral y la segunda a la religión cristiana. Otro dato importante que no puede omitirse de esta definición de derecho, es que las normas jurídicas integrantes de un sistema jurídico cualquiera, las que como tales ordenan imperativamente algunas conductas de los seres humanos, conceden facultades y obligaciones, por eso García Máynez las define como preceptos imperativo-atributivos, porque a la vez que imponen deberes a los gobernados también conceden facultades¹; por último, en atención a la naturaleza de la relación que establecen las normas jurídicas, éstas suelen clasificarse en normas jurídicas de derecho privado y normas jurídicas de derecho público.

Pues bien, ahora hay que referir que es común observar en los operadores del derecho una tremenda confusión entre la expresión derecho en el sentido de derecho positivo, es decir, como conjunto o sistema de normas o

conjunto de leyes —con lo que no pocas veces se cree que el derecho es la ley—, con la expresión derecho como ciencia del derecho. La expresión ciencia del derecho posee un significado muy distinto, hace referencia, en primer lugar, a un cuerpo de conocimientos acumulados —generalmente conocidos como doctrinas— cuyo objetivo, en sentido kelseniano, es describir y explicar objetivamente el derecho positivo, y en segundo lugar, hace referencia también a la estructura del fenómeno científico del derecho, el cual se configura, entre otros elementos, por un campo temático, un sistema de conocimientos tenidos como verdaderos con base a criterios de racionalidad y objetividad metodológicas, y además por formas de conocimiento; ahora bien, con base a todo esto, los científicos del derecho producen nuevo conocimientos.

Con lo anteriormente expuesto se pretende dejar claro que cuando se hace uso de la expresión de «racionalidad e irracionalidad en el derecho», como en el rubro asignado a este capítulo, se hace referencia no a la ciencia del derecho, en la que si realmente es tal y no una simple ideología que se hace aparecer como ciencia no hay espacio para la irracionalidad —o al menos, en cuanto la irracionalidad es detectada se expulsa o se trata de expulsar de la ciencia del derecho—, sino a las normas jurídicas, o mejor, a los mandatos contenidos en dichas normas que, como se ha dicho, ordenan imperativamente algunos aspectos de la conducta humana.

Es en este sentido de la palabra «derecho», como conjunto o sistema de normas jurídicas que son objeto de estudio de la ciencia del derecho, en el que, previo a otras aportaciones argumentativas tendientes a demostrar que la interpretación de la ley en Kelsen constituye la categoría de mediación entre facticidad y validez en el sistema kelseniano, se analizará en este capítulo los

¹ García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, p. 36.

aspectos de racionalidad e irracionalidad que muchas veces aparecen en las referidas normas jurídicas, así como en la construcción de la verdad jurídica que se ha producido en las distintas etapas de la historia de la humanidad, todo lo cual indudablemente tiene algo que ver con los sistemas probatorios desarrollados también en las distintas culturas y en las distintas fases históricas.

Es objeto de análisis también en este capítulo algunos de los problemas del imaginario y lo simbólico relacionados con la juridicidad. Esto resulta importante, si se considera la influencia que ello puede tener en el plano de la ideología de los operadores del derecho, de manera particular en las decisiones judiciales. De la misma forma, se analiza también, entre otros tópicos, la permanencia de las solemnidades, ritualismos, mitos e ideas, mágicas y religiosas en el derecho contemporáneo, así como la función ideologizadora de los intérpretes de la ley, el derecho racional y las relaciones de poder. Además de los mitos y misterios en la construcción de la verdad legal que enseguida se aborda, al final de este mismo capítulo se abordará en tema de los mitos y teorías en la interpretación de la ley.

2. LOS MITOS Y MISTERIOS EN LA CONSTRUCCIÓN DE LA VERDAD JURÍDICA. La milenaria historia del derecho tiene en el problema de la construcción de la verdad jurídica uno de sus más grandes misterios, esta construcción evidentemente está vinculada a la producción de la ley, su interpretación, acto de aplicación y a la indagación probatoria. No obstante todo esto, con la aparición del derecho moderno se ha pretendido hacer creer que los factores que determinan el contenido de la verdad legal, tanto en el proceso de producción del derecho por el órgano legislativo como en el de aplicación del derecho que realizan los órganos jurídicos de aplicación del

derecho, son controladas por criterios de cientificidad, por lo que se asegura que en el proceso de construcción de la verdad legal no hay cabida para las decisiones basadas en la emotividad, en la sinrazón, sino sólo en la razón. Por eso el derecho moderno es conocido también como derecho racional.

2.1. PERMANENCIA DE LAS SOLEMNIDADES, RITUALISMOS, MITOS E IDEA MÁGICAS Y RELIGIOSAS. Pero las cosas son de distinta manera. A pesar de que con la aparición del derecho moderno —finales del siglo XVIII y comienzos del XIX—, o el derecho racional, en términos de Weber, los paradigmas que apelan a Dios o a los dioses para justificar la verdad legal perdieron fuerza ante los paradigmas que ahora apelan a la ciencia para justificar esa misma verdad legal que muchas veces no coincide con la facticidad o con la verdad histórica, siempre, de una o de otra manera y en menor o mayor grado, el resultado y contenido de la verdad legal ha tenido como base de su construcción actos mágicos² y ritualismos, solemnidades y formalidades, todo lo cual está envuelto en un sutil velo de «miticismo» y

² Aunque el mismo Weber, sobre el particular, reconoce que "...el carácter mágico del derecho probatorio primitivo sigue, sin embargo, ejerciendo alguna influencia, al menos en cuanto reclama una formulación 'correcta' de la cuestión sujeta al conocimiento del juez". (Weber, Max, *Economía y Sociedad, esbozo de sociología comprensiva* [Tr. José Medina Echeverría, Juan Roura Parella, Eugenio Imaz, Eduardo García Máynez, y José Ferrater Mora], Ed. Fondo de Cultura Económica, 2ª. edición en español, México, 1964, p. 517). Como ejemplo paradigmático de la legislación mexicana en la que en términos de Weber persisten elemento mágicos en el derecho y en las prácticas jurídicas, se puede mencionar el juicio de amparo. El rigorismo es tal que, es posible perder un juicio, aún cuando ostensible y legalmente asista la razón a una determinada persona que demanda la protección de la justicia federal, tan sólo por omitir la escrituración de ciertas "fórmulas mágicas" que el más experto de los abogados puede considerar en un momento dado como ya suficientemente colmadas en su demanda. Sin embargo, considérese que los que actos mágicos que persisten al lado de la racionalidad del derecho moderno han sido resemantizados y socialmente no se reconocen como tales. No son desde luego los mismos que se practicaron en el pasado, tampoco los chamanes

«misticismo»³; razón por la que en este punto no existe coincidencia con Weber.

“Todo lo que es profundo ama el disfraz... Todo espíritu profundo tiene necesidad de una máscara”. Vale aquí, en el tema de la construcción de la verdad legal, resaltar este bello aforisma de Nietzsche. De una o de otra manera, la máscara valida el “único” sentido correcto que desde las prácticas jurídicas más antiguas hasta los tiempos actuales el intérprete de la ley desentraña de los textos legales; o bien, debido a las cualidades mágicas del intérprete del derecho, éste obtiene la única interpretación exacta gracias a la revelación divina o del oráculo. Pues no a cualquiera, en muchas históricas culturas y aún en algunas de las actuales, le es dada la facultad cognitiva de interpretar las normas jurídicas.

Con suficiente razón Roberto A. R. de Aguiar, refiriéndose al derecho antiguo y al de las sociedades complejas como fenómeno observable, señala que “...as formalidades, as seqüências de atos e a magia ainda permanecem no direito obsevável, sob a forma de variados ritos que validam os efeitos dos atos legais. Os bens sacralizados pela organização social e pelo sistema de produção vigente sempre exigirão maiores formalidades para serem alienados”⁴. El contrato de matrimonio, por ejemplo, es un acto formal, solemne y ritual sin cuyos ingredientes, se sigue creyendo por muchos, que no es posible la sacralización de ese acto; o no se puede realizar las *justae nuptiae* que aún en los tiempos actuales se cree que conlleva a “...la unión del hombre

de hoy guardan similitud con los de las épocas anteriores, más que en sus vínculos al poder político y económico.

³ La sacralización del contrato de matrimonio, por ejemplo, exige que el acto jurídico sea celebrado de manera formal y solemne.

⁴ Aguiar, Roberto, A. R., *Direito, poder e opressão*, Ed. Alfa-Omega, São Paulo, 1980, pp. 19.

y la mujer, implicando igualdad de condición y comunidad de derechos divinos y humanos”⁵, en términos de jurista romano Modestino.

2.2. PRIVILEGIOS DE LOS INTÉRPRETES Y LAS FUNCIONES DE RACIONALIDAD E IRRACIONALIDAD DEL DERECHO. En el texto de leyes más acabado de la antigüedad, el Código de Hamurabi (1730-1688 a. de C), para señalar algunos ejemplos de diferentes contextos históricos, la interpretación y aplicación del derecho era producto de la inspiración divina y era facultad exclusiva del rey. La indagación probatoria, por su parte, tenía como principal sustento la revelación mágica y divina. De manera muy similar, durante la mayor parte de la segunda etapa de desarrollo del *Derecho romano*, la cual se produce con la aparición de la *Ley de las XII tablas* (301-304 a. de C), los únicos que gozaban de la prerrogativa para poder conocer los secretos de los ritos y procedimientos especiales, exigibles en la interpretación y aplicación de la ley, eran los pontífices y los magistrados patricios; de éstos era también el exclusivo privilegio de conocer el listado de los *días fastos*, días durante los cuales sólo era posible comparecer ante el magistrado para que se ejecutaran los ritos necesarios, a fin de que las acciones legales que se intentaban produjeran los efectos correspondientes⁶. Ello a pesar de que las normas del derecho sustantivo estaban a la vista de todos, pero no así las de derecho procesal que se mantenían en secreto.

Ahora bien, con el advenimiento del imperio, no obstante que desde la época de la república ya había existido una plena distinción entre la competencia religiosa —atribuida a los sacerdotes y al colegio de los

⁵ Eugene Petit, p. *Tratado elemental de derecho romano* [Tr. de la 9ª. Edición francesa, José Fernández González], Editora Nacional, México, 1969, p. 104.

⁶ Petit. Eugene. Ob cit, p. 43.

pontífices— y la función pública —propia de las distintas magistraturas, entre éstas la de los pretores que cumplían la función jurisdiccional—, el rey Octavio que asume el título de *imperator*, y por medio de la imposición del derecho de veto sobre todos los magistrados concentra en sus manos todos los poderes. Incluso, llega a asumir la función de sumo pontífice⁷.

También, aunque no con todos los emperadores romanos ni en todos los casos, pero sí tan sólo con el apoyo de los jurisconsultos preferidos e incondicionales del emperador⁸, cuya *responsa prudentium* a los problemas que se les planteaban llegaron a adquirir fuerza de ley, es el emperador, y ningún otro, quien realmente legisla e interpreta y aplica la ley⁹.

Desde un punto de vista sociológico, y aunque su objetivo no fue propiamente develar los efectos de poder de la verdad jurídica, según su forma de construcción en las distintas culturas, en Weber se percibe una cierta similitud de las estructuras míticas, rituales, mágicas y religiosas que cubren el rostro del poder que produce la verdad jurídica en las culturas occidentales¹⁰, independientemente de que ese poder sea ostentado por el rey, el príncipe, el emperador, una casta sacerdotal o una casta de juristas, o por la burocracia del Estado racional, etc.

Lo mismo se puede decir en cuanto a la similitud de la genealogía simbólica que expresa la juridicidad en las distintas culturas y en cuanto a su estructura y funcional. En esta tesis no se pretende hacer el mismo y largo

⁷ Petit Eugene, ob. cit p. 47.

⁸ Con Augusto, los jurisconsultos proclives a la política del imperio recibieron grandes beneficios, se les otorgó el *ius publice respondendi* (facultad para dar consultas que en la época de la república no era una concesión del Estado), y a las respuestas de algunos de ellos se les confirió oficialmente el carácter de verdad legal, no sólo de dictamen. Con el transcurso del tiempo, las opiniones de los jurisconsultos que gozaban del *ius publice respondendi* llegan a obtener fuerza de ley. Eugene Petit, ob. cit. Pp.52-53.

⁹ Ibidem.

recorrido que hace Weber, por medio del cual pudo establecer la diferencia entre lo que para es el derecho racional y lo que es el derecho no-racional; pero para los fines de comparar un poco las principales teorías modernas sobre la interpretación, coincidentes las que mayor influencia poseen en que sólo es posible encontrar en el texto legal una sola interpretación válida, en lo que sigue se proporcionan otros ejemplos tomados de diferentes contextos culturales e históricos, en los cuales se aprecia, por una parte, ciertas similitudes en la construcción de la verdad jurídica y en las funciones que el saber jurídico cumple en la sociedad, y por la otra, la “profundidad” de ese saber que como bien dice Nietzsche, requiere de la máscara.

Así entonces, el rasgo común de la genealogía del poder que estructura el rostro del universo de lo simbólico que tiene que ver con la idea prevaleciente de derecho, tanto en las sociedades antiguas, Babilonia, China, Grecia, Roma, etc., legataria ésta de los sistemas jurídicos latino-germánicos, como en las sociedades de la Alta y Baja Edad Media, e incluso también en las sociedades en las que germinaron los regímenes monárquicos absolutos de los cuales surge el Estado racional (o el *Estado moderno de derecho*), tiene su origen de constitución y principal fuente de irradiación en las castas reales, sacerdotales y de guerreros, así como en las familias que acumularon riquezas, por lo que éstas tienen la posibilidad de imponer su hegemonía a los demás. Esta idea de derecho se sintetiza en la obediencia ciega del súbdito a lo prescrito por el soberano (o a lo revelado por la divinidad al soberano), quien a su vez, llámese rey, príncipe, emperador, sacerdote, chaman, por sí o por interpósita persona es quien crea la ley. Y no pocas veces también son los mismos que la interpretan y la aplican. Ello con todo y que en algunas culturas, ya sea bajo el principio de regulación del conflicto o sin este

¹⁰ Weber, Max, pp. 512-660 y 1048 y ss.

principio, los conflictos se resuelve por la suerte “(Urim y Thummim entre los judíos) o por duelo o por otros juicios de Dios [...] o por revelación jurídica”¹¹; o bien por la participación del hechicero o el sabio carismático, y lo característico de todos estos intérpretes de la ley es que siempre aparecen cercanos al poder o en la misma cúspide del poder.

Que el creador e intérprete de la ley sea además un puente de mediación entre Dios (o los dioses) y los mortales, es una de las constantes históricas. En el caso de las antiguas culturas sumerias el rey Hamurabi, quien bajo su dominio logró unificar a toda mesopotamia desde el Golfo Pérsico hasta el desierto de Siria, al decretar sus leyes del famoso Código de Hamurabi se dice el pastor elegido de Enlil¹² y enviado de Anum¹³, Anunnaki¹⁴ y todos los demás dioses “para administrar justicia entre las gentes. [...] para proclamar el derecho en el país, para destruir al malvado y al perverso y enseñar al país el buen camino”¹⁵.

En lo que respecta al derecho en el Reino Visigodo, que con la caída del Imperio Romano de Occidente surgió en el sur de Francia y en casi toda España, desaparecido dos siglos y medio después como consecuencia de la conquista árabe, del 711 al 713¹⁶, para hacer referencia a otro contexto histórico-cultural en el que el rey accedía al trono por elección, en caso de que

¹¹ Weber, Max, pp.517 y 519.

¹² Dios de la atmósfera y el diluvio, señor de los destinos en la cosmogonía súmero-acadia.

¹³ Dios absoluto en la cosmogonía súmero-acadia, forma una tríada como dios del cielo con Enlil y Ea

¹⁴ Conjunto de dioses menores que acompañaban a Anum en el cielo, los cuales fueron distribuidos en la tierra.

¹⁵ Hamurabi, Rey de Babilonia, *O código de Hamurabi* (Introdução, tradução do original cuneiforme e comentários de E. Buzon), Petrópolis, Ed. Vozes, Brasil, 1980, pp. 1-24.

¹⁶ Georg Maier, Franz, *Historia universal del siglo XXI, las transformaciones Del mundo mediterráneo, siglos III-VIII Vol. 9* [Tr. Pedro Viadero], Editorial. Siglo XXI, 3ª. edición., Madrid España, 1975. pp.210 – 214.

no justificara su ascensión con base al derecho de sangre —aunque no en todos los casos, pues también tuvo vigencia la imposición del más fuerte—, las investigaciones de P. D. King reportan que los reyes visigodos concebían su exaltación en la tierra como un don de la divinidad¹⁷. Esta idea constituye el substrato que subyace en la base de las ideologías del derecho de los reyes en todas las culturas. Lo que en una ley del rey Egica, 687-701 de. C, se expresa de la siguiente manera: “*Cum divine voluntatis imperio principale caput regnandi sumat sceptrum*”¹⁸.

Las investigaciones de P. D. King son abundantes en la originalidad de citas de las actas conciliares que hacen referencia al derecho visigodo. En una de ellas, para mejor ilustrar lo antes expuesto, se reafirma la idea de que el reino es una consecuencia de un favor celestial concedido y encomendado al rey, “*Suintila gratia divina regni suscepit sceptrum*”¹⁹, lo que coincide con la tan conocida expresión “*Rex Dei gratia*”. “Así como Dios creó la cabeza en la parte superior del cuerpo humano a fin de que pueda gobernar a los *subdita membra* —reza una de las citas de las actas conciliares de King—, del mismo modo y para el mismo fin puso al rey a la cabeza del cuerpo de la sociedad”²⁰.

2.3. DERECHO Y RELACIONES DE PODER, LAS CASTAS Y ESTAMENTOS DE JURISTAS EN EL SURGIMIENTO DEL COMMON LAW Y EL DERECHO RACIONAL MODERNO.- La evolución de la humanidad significa también el establecimiento de nuevas relaciones de poder y nuevas prácticas sociales, lo que en términos de Foucault engendran nuevos dominios de saber sobre el

¹⁷ King, P. D., *Derecho y sociedad en el reino visigodo* [Tr. M. Rodríguez Alonso], Ed. Alianza Editorial, Madrid, España, 1981, pp. 43-44.

¹⁸ Ob. cit. P. 44.

¹⁹ Ob. Cit. P. 45.

²⁰ *Ibidem*.

derecho y nuevas formas de juridicidad. Es decir, el establecimiento de nuevos regímenes políticos para la producción de la verdad jurídica, o para la producción de nuevas formas de racionalidad, de lo que se deriva nuevas reglas procedimentales que posibilitan la construcción de la verdad jurídica. Todo esto tiene que ver con nuevas reglas del régimen probatorio-indagatorio y con los criterios para la selección de los intérpretes de la ley, o de nuevos aplicadores y ejecutores de la legalidad y de la justicia; pero sin que jamás de los jamases, en ninguno de los sistemas jurídicos que se han desarrollado en el mundo, incluso con el funcionamiento de estos sistemas bajo los principios del Estado de derecho, se haya dejado de observar que las formas terminales de relaciones de poder no inmanentes a todos los sujetos —también en términos de Foucault, aunque aquí, en esta tesis, se invierte los términos de este autor, el poder es inmanente a todos los sujetos—, tales como los factores económicos y los procesos políticos e ideológicos dirigidos por la clase dominante, son esencialmente los que determinan la ubicación de cercanía de los operadores del derecho que cumplen la función jurisdiccional a las formas terminales de relaciones poder que se expresa en forma Estado y de clase dominante.

Con lo anterior no se trata de cuestionar la validez de los postulados foucaultnianos sobre la microfísica del poder—que por además aquí no es lugar para ello—, según los cuales el poder como estrategia, como oposición y como lucha permanente, está en todas partes y no sólo en la existencia primaria de un punto central que irradia poder a todas partes, que donde hay poder hay resistencia, que el poder no es una propiedad sino una estrategia..., que las relaciones de poder son inmanentes y no están en posesión de exterioridad con relación a otros tipos de relaciones (económicas, de

conocimiento, de placer, etc.)²¹. Nada de esto. De lo que se trata es sólo de resaltar a la vista de todos una constante histórica que aparece en todas las sociedades, la cual consiste en que, salvo excepciones, las castas de juristas (u operadores del derecho) que cumplen la función jurisdiccional siempre han estado cercanas a los detentadores de la riqueza y del poder político. Sobre el particular al final del último quinto capítulo, se hace referencia a ciertas investigaciones sociológicas que confirman este punto de vista; aunque dichas investigaciones sólo han sido realizadas en las sociedades más avanzadas, no en sociedades como la mexicana.

En el caso del *Common Law*, para reafirmar lo antes dicho, surgido en las islas británicas en el 1066 d. C, como producto de la conquista normanda de Guillermo el Bastardo, duque de Normandía²² —que dicho sea de paso hoy día es uno de los más importantes sistemas jurídicos con influencia en todos los continentes y en por lo menos 15 países—, éste tuvo su origen y base de su posterior desarrollo, adaptado a diferentes culturas, en los integrantes de la corte de Guillermo el Bastardo. Es decir, en las curias regis de la referida Corte; ello gracias a la alianza que Guillermo el Bastardo tuvo en el 1086 con todos los propietarios de tierras de su reino, la cual concluyó con un compromiso de fidelidad de los propietarios de tierra al rey, consignado en el documento titulado *The Domes-day Book*, libro que contiene el censo de habitantes, tierras y riquezas del reino de Guillermo²³.

²¹ Foucault, Michel, *Historia de la sexualidad. 1, La voluntad de saber*, Editorial Siglo XXI, 7ª. ed., México, 1981. pp. 112-125.

²² Le Goff, Jacques, *Historia universal, siglo XXI, La baja edad media*, Vol. 11 [Tr. Lourdes Ortiz], Ed. Siglo XXI, 11ª. edición en castellano, México, 1981, p. 119.

²³ *Ibidem*.

De este estamento es de donde surgieron los jueces con cuyo modelo de conducta, que no el modelo de la conducta popular²⁴, se desarrolló en su origen el *common law*. En torno a las curias regis, en el siglo XIV se formaron los cuatro organismos corporativos de los juristas británicos denominados Inns of Court, las cuales aún subsisten: Inner Temple, Middle Temple, Gray's Inn, Lincoln's Inn, institución que cumplen como función producir un estamento forense de naturaleza homogénea²⁵.

Estos organismos corporativos de juristas cumplen además la función de salvaguardar los "misterios" de las prácticas propias de los abogados y todos los operadores del derecho, sobre todo en lo que respecta a la interpretación y aplicación de la ley, al menos hasta que las fuerzas sociales favorecidas por ciertas circunstancias históricas logran su develación²⁶ y divulgación al resto del cuerpo social.

Y de la misma manera como en la antigua Roma hubo necesidad de la osadía o atrevimiento del *liberto* Cneo Flavio²⁷, escriba del patricio Apio Claudio, para que se revelara a todos los justiciables el listado de los *días fastos* y el cuadro de las fórmulas secretas de carácter procedimental que tenían que recitarse ante el magistrado que cumplía funciones jurisdiccionales, sin lo cual no era posible que se produjeran los efectos legales esperados, en el

²⁴ Losano, Mario G., *Los grandes sistemas jurídicos, Introducción al derecho europeo y extranjero* [Tr. Alfonso Ruiz Miguel], Ed. Debate, Madrid, 1982, p. 168.

²⁵ Losano, Mario G., *Ob.*, cit. p. 169.

²⁶ Con referencia a que el derecho romano no constituye la causa del advenimiento del capitalismo en Inglaterra, puesto que allí su presencia fue muy exigua, Max Weber refiere que en unión del Tribunal del Rey existía "un estamento de abogados que nunca permitió que se tocaran las instituciones nacionales. Dominaba éste la enseñanza del derecho, salían de su seno (y salen todavía) los jueces, e impidió, por consiguiente, que en las universidades inglesas se enseñara derecho romano, con el fin de que no llegaran a las poltronas de los jueces personas que no salieran de sus filas. (Véase Weber, *Máx*, ob cit. p. 1049.

²⁷ Eugene Petit, *Ob. cit.* p. 43.

caso de la sociedad británica se produjo algo semejante, a fin de que los integrantes del estamento de los juristas británicos se abrieran un poco a la sociedad. Hubo necesidad de que se produjeran fuertes revueltas y demandas sociales para que los privilegios de la casta y estamentos de juristas, relacionados con los misterios de su profesión que se ocultaban en lenguas desconocidas por el grueso de la población, desaparecieran de manera definitiva, sólo de esta manera fue posible que los juristas británicos hicieran uso de la su lengua materna en las contiendas legales.

Todavía para el siglo XVIII, escribe Mario G. Losano, había juristas en la Gran Bretaña que juraban y perjuran que la lengua inglesa no era la propia para expresar los problemas técnicos de la ciencia jurídica. Y es que, como se dijo, desde los orígenes del Common Law, en los tribunales no se admitía como lengua el inglés, los documentos jurídicos se tenían que escribir en latín y hablarse en francés²⁸. “Ya una ley de 1362 había tratado de sustituir la ‘lange français, qestrophe desconue’ por la ‘lange du paiis’²⁹; pero la resistencia para defender los privilegios de la casta y estamentos de juristas se siguió imponiendo, hasta que finalmente se impuso el uso en los tribunales y escritos legales de la lengua materna.

Lo mismo se puede observar en otros de los grandes sistemas jurídicos del mundo, y no sólo en sus orígenes sino en las distintas etapas de sus respectivos desarrollos históricos. Los principios en que se funda el derecho islámico, los cuales se encuentran codificados en el Corán, fueron revelados por el arcángel Gabriel a Mahoma; no todos los mortales, por supuesto, ni a cualquier mortal, sólo a un ser investido por privilegios.

²⁸ *Ibidem.*

²⁹ *Ibidem.*

En la antigua India, a pesar de que la divinidad no se personifica en el emperador sino en la casta de los brahmanes, indiscutiblemente dicha casta estuvo cercana y ampliamente vinculada al poder imperial, y es de esta casta de donde surgen los principios de derecho del sistema hindú —en el Código de Manú— en forma de un derecho divino por haber sido creado por Brahma³⁰, y los integrantes de esta casta, por su carácter de intermediarios con la divinidad, eran superiores al mismo emperador y decretan leyes que privilegian la existencia de un estado de ignorancia entre los sin casta, prohibiéndoles bajo la amenaza de severas penas el acceso al conocimiento de la lectura de los vedas³¹.

En el caso en los orígenes del derecho del extremo oriente, el Chino y Japonés, los principios jurídicos fundamentales se derivan principalmente de la ética confuciana, y para aplicarla el juez goza de una amplia discrecionalidad en su función de intérprete y aplicador de la ley. La ley es vista como un signo de corrupción de la moral, puesto que en esta cultura el hombre debía comportarse siempre de acuerdo a las prescripciones morales del confucianismo.

Poca es la variación del derecho Japonés, en el cual, además de la influencia de Confucio también se deja sentir la del sintoísmo —la religión nacional japonesa— y el budismo, de cuyas castas surgen los jurisconsultos vinculados siempre al emperador quien por el año de 1200, a través de los

³⁰ Véase a Costa, Fausto, *El delito y la pena en la historia de la filosofía* [Tr. Mariano Ruiz-Funes], Ed. UTEHA, México, 1953, p. 4.

³¹ Si un sudra, individuo sin casta, era sorprendido escuchando la recitación de los vedas, la pena consistía en llenar sus oídos de plomo hirviendo, si aprendía los versos vedas y era capaz de recitarlos, se le cortaba la lengua, y si sabía de memoria esos versos la pena era el descuartizamiento. Losano Mario G., ob cit., P. 260.

militares —los shogún— comienzan a ejercer el poder de una manera autónoma³².

Es cierto que como producto de un largo proceso de desarrollo histórico que se gesta en el seno del sistema monárquico y aristocrático del siglo XI, a finales del siglo XVIII y comienzos del XIX se asiste a la institucionalización del *Estado moderno de derecho*. O en términos de Weber del *Estado racional*, el cual se funda en el derecho racional, la burocracia profesional, los parlamentos modernos y los partidos políticos. Por supuesto que también la división de poderes; pero de todas estas variables que influyen para la constitución del Estado racional moderno, Weber resalta la del derecho racional. A esta tesis weberiana habría que hacer la siguiente observación: No obstante la marcada racionalidad atribuida por Weber al «derecho racional moderno» que funda el «Estado racional», y a pesar de que ciertamente existe una cualitativa diferencia entre los sistemas jurídicos occidentales con respecto al sistema islámico y los del extremo oriente —como bien lo señala Weber—³³, ya que la estructura de los primeros se orienta por principios jurídico-formales, en tanto que la estructura de los segundos por principios *materiales*³⁴, en esta tesis se sostiene —como preámbulo para con

³² Losano G. Mario, Ob. cit. p. 281.

³³ Se hace referencia, en este punto, a los estados del derecho occidental y oriental en los siglos XVIII y XIX en que en occidente se produce la consolidación del capitalismo. No al estado o situación actual de estos sistemas jurídicos. Por razones que no son parte de este estudio, los derechos del extremo oriente han evolucionado y se han occidentalizado de manera muy considerable. De manera muy particular el derecho japonés, gracias a la influencia holandesa y alemana durante los siglos XVII y XIX. Pero también la influencia de Francia, pues “con la caída de la familia Tokugawa y restaurado el poder imperial, en 1870 fue establecida la oficina para el estudio de los sistemas de gobiernos extranjeros, bajo la guía de Eto Shimpei (1835-75), alumno de la facultad de derecho de París y futuro ministro de justicia”. (Mario G. Lozano, Ob. cit., p. 284.).

³⁴ Véase Weber Max, pp. 1047- 1050 y ss. En cuanto a la expresión “principios materiales”, por esto debe entenderse, dice Weber, “los principios utilitarios y de equidad, de acuerdo con los cuales procede, por

posterioridad en este mismo capítulo y en el siguiente entrar al análisis de del problema de la interpretación de la ley, en particular la de Kelsen— que no es posible proscribir del *derecho racional moderno*, y menos de una manera absoluta, los puntos de vista religiosos, rituales, mágicos y míticos³⁵, como en cierta forma lo sugiere Weber en el siguiente pasaje : “Con semejante derecho —se refiere al derecho de los sistemas del extremo oriente que bajo la égida de pensamientos mágicos, míticos y religiosos se orientan por principios materiales— el capitalismo no puede operar; lo que necesita es un derecho con el que se pueda contar lo mismo que con una máquina; los puntos de vista religioso-rituales y mágicos no han de jugar en él papel alguno. La creación de semejante derecho —se refiere al derecho racional moderno— se consiguió al aliarse el Estado moderno a los juristas, para imponer sus ambiciones de poder³⁶”.

2.4. DE LO IMAGINARIO Y LO SIMBÓLICO. De ninguna manera se trata de cuestionar de manera absoluta la tesis weberiana sobre el relevante papel que jugó el derecho racional en occidente para la aparición de la institución estatal racional, ello gracias a la recepción del *derecho romano* que sólo se produjo en los Estados nacionales occidentales, el cual influyó de manera definitiva en la creación del pensamiento jurídico-formal —lo que como antes quedó señalado, no ocurrió en las sociedades regidas por los sistemas jurídico islámico y los de del extremo-oriente, por ejemplo en China³⁷—, sino más

ejemplo, la jurisdicción del Cadí islámico. La justicia de toda teocracia y de todo absolutismo se orienta en sentido material, en tanto que la de la burocracia, por el contrario, se orienta siempre en sentido jurídico-formal. Ob. cit. P. 1049.

³⁵ Weber, Max. Ob. Cit. P. 1050.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ Weber, Max. P. 1047-1048 y ss.

bien, lo que se pretende es señalar los límites de la validez relativa, que no absoluta, del enunciado declarativo weberiano de que: los puntos de vista religiosos, rituales mágicos y míticos no han de jugar ningún papel en el susodicho *derecho racional*. Lo que para reforzar su tesis respecto a que en el *ancien régime* chino era imposible que floreciera el Estado racional, este autor sostiene además de manera reiterativa que “la justicia de toda teocracia y de todo absolutismo se orientó en sentido material, en tanto que la de la burocracia, por lo contrario, se ha orientado siempre en sentido jurídico-formal³⁸”.

Nada de esto ha desaparecido del derecho moderno o derecho racional moderno. El carácter mágico del derecho primitivo probatorio, como el mismo Weber lo reconoce³⁹, subsiste en el derecho racional moderno, e incluso subsiste también en el derecho sustantivo moderno (o racional). Como también subsisten tanto en el derecho sustantivo como en el adjetivo los misterios, ritualismos, exacerbados formalismos y el pensamiento mítico de muy variada índole; sólo que todos estos ingredientes, inmersos en el derecho racional moderno, hoy no juegan el mismo papel que jugaron en el derecho primitivo o en el derecho desarrollado en las diferentes culturas occidentales y orientales anteriores al surgimiento del Estado racional y el derecho racional.

De acuerdo a la estructura del derecho —se ha dicho—, la orientación hacia la generalidad y abstracción de sus conceptos, principios y categorías fundamentales, característica del derecho moderno cuyo desarrollo sólo fue posible en occidente, a diferencia de las culturas orientales donde, como se

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ Véase la cita número 70.

dijo, la estructura del derecho se orientó hacia el sentido material⁴⁰ y no en el sentido formal, lo que no debe ser vista más que como la posibilidad de poder conocer y controlar con los medios científicos adecuados las motivaciones y formas de dominación que determinan las representaciones simbólicas de los individuos, o mejor aún, como la posibilidad de detectar las transposiciones simbólicas a la estructura misma de la ciencia jurídica para actuar en consecuencia⁴¹.

A partir de las observaciones de Jung sobre el carácter antropológico de los arquetipos —pero sin entrar en discusión sobre su tesis del carácter colectivo e innato de las imágenes primordiales—, Durand pone de relieve que el racionalismo y la ciencia jamás se liberarán por completo del halo imaginario, pues todo racionalismo y todo sistema racional llevan en sí sus propios fantasmas. Siguiendo a Jung, Durand sustenta esta tesis con el argumento de que al igual que Jung él ve en los sustantivos simbólicos, es decir, en los arquetipos que configuran un estadio preliminar, “la zona matricia de la idea⁴²”. A lo que de inmediata agrega: “...lejos de primar la imagen, la idea no sería más que el compromiso pragmático del arquetipo

⁴⁰ Entre otros ejemplos, Weber trata de argumentar en el siguiente por qué no era posible el desarrollo del capitalismo en las sociedades de sistemas de derecho cuya estructura se orienta hacia el sentido material: “En China puede, por ejemplo, que un hombre que ha vendido a otro una casa vuelva algún tiempo después al comprador y le pida asilo, por haber caído entre tanto en la pobreza. Y si el comprador hace caso omiso del antiguo mandamiento chino de la ayuda fraternal, entonces los espíritus se agitan; resulta, pues, que el vendedor empobrecido vuelve a instalarse en la casa en calidad de inquilino forzoso, sin pago alguno de renta”. Por eso Weber afirma en que con semejante derecho no es posible el desarrollo del capitalismo. (Ob. cit. p. 1050).

⁴¹ Dado que los juicios de valor muchas veces son vistos como datos de la realidad, podría decirse que en gran medida la ardua labor desarrollada por Kelsen estuvo encaminada a detectar las transposiciones simbólicas a la estructura de la ciencia del derecho, a través de la crítica a la ideología jurídica.

⁴² Durand, Gilbert, *Las estructuras antropológicas de lo imaginario, Introducción a la arquetipología general* [Tr. Mauro Armijo], Ed. Taurus, Madrid, 1981, p. 54.

imaginario, en un contexto histórico y epistemológico dado. Lo que explica a la vez que ‘la idea a causa de su naturaleza racional —refiere Durand, citando a Jung—, está mucho más sometida a las modificaciones de la elaboración racional que influyen fuertemente el tiempo y las circunstancias y le procura expresiones conforme al espíritu del momento. Lo cual estaría dado por tanto, *ante rem* en la idea, sería su molde efectivo-representativo, su motivo arquetípico⁴³’.

Si los problemas de la construcción de la verdad jurídica y el de la mediación del derecho con la realidad se ubican dentro del universo de lo imaginario y lo simbólico, un tanto desde las perspectivas de los etnólogos, antropólogos y semióticos —que bajo ninguna circunstancia debe ser ajeno al análisis de los juristas—, incuestionablemente se encontraría en las áreas de la ciencia del derecho y de las prácticas judiciales un campo fértil para el análisis y la reflexión sobre la manera como se produce en los operadores del derecho la estructuración simbólica de las prácticas rituales, mitos, e ideas mágicas y religiosas, todo lo cual, en menor o mayor medida, define su perfil profesional y orienta sus prácticas a profesionales, ya sea en la magistratura, en la procuración de justicia, en la abogacía o en la decencia.

Foucault plantea el rechazo de los análisis que se refieren al campo de lo simbólico o al dominio de las estructuras significantes, y en su defecto privilegiar el recurso de los análisis genealógicos, pues él considera que lo relevante no es el análisis de las relaciones de sentido, sino el análisis de las relaciones de poder, de fuerza, de las tácticas y las estrategias⁴⁴. Sin contravenir en todo lo que se refiere a este punto de vista, en esta tesis se

⁴³ Ob. cit. pp. 54-55.

⁴⁴ Foucault, Michel, *Microfísica del poder* [Tr. Julia Varela y Fernando Álvares-Urría], Ed. Ediciones de la Piqueta, 2ª. edición, Madrid, 1979, p. 179.

sostiene que los análisis del campo de lo simbólico en la estructuración del perfil de los operadores del derecho y su influencia en la determinación de sus prácticas profesionales, deben ser vistos como una estrategia prioritaria para la interceptación y desarticulación de los discursos hegemónicos del derecho — sobre todo en el ámbito de la interpretación y argumentación jurídica, que es uno de los puntos considerados como de mayor importancia por el sustentante.

Por tanto, este tipo de análisis que en lo específico no tendría porque excluir ni contraponerse al recurso de la visión genealógica de las relaciones de poder y desarrollos estratégicos implementados y regulados por el derecho, no deben ser vistos más que como un momento de los estudios genealógicos propuestos por Foucault, pues de lo contrario, si se prescinde de los análisis de lo simbólico y del dominio de las estructuras significantes como uno de los momentos de los análisis genealógicos sobre las prácticas jurídicas y producción de las verdades jurídicas —sobre todo de la forma como se construye la verdad jurídica en las sociedades actuales y las variables que las determinan—, se cancelaría la posibilidad de introducir la temática del poder como forma de explicitación del poder social de las significaciones proclamadas como *sagradas* desde las castas de juristas en las sociedades antiguas y en la Edad Media, por ejemplo, o bien, desde la aparición del Estado racional y el Derecho racional, proclamadas como “científicas” desde los estamentos de juristas de las sociedades complejas del mundo actual. Problemática que se ha dibujado en esta exposición aunque sea de manera tenue, con referencia a cómo en distintos contextos culturales e históricos se ha impuesto el régimen político de la producción de la verdad jurídica desde el poder imperial o real y económico.

2.5. EL PODER DE LO IMAGINARIO Y LO SIMBÓLICO EN LA DETERMINACIÓN DE LAS IDEAS DE JUSTICIA, AUTORIDAD Y SOBERANÍA.-
Trasladando todo esto a las sociedades modernas ya del siglo XXI —en las que desde luego, se tendría que hacer estudios empíricos concretos de realidades sociales concretas, pues lo que enseguida se expone no es sino una aproximación a un problema poco explorado—, piénsese por ejemplo hasta dónde el poder de lo imaginario y lo simbólico podría influir en la configuración de la idea de *justicia*, *autoridad* y poder soberano que subyace en los operadores del derecho que cumplen funciones jurisdiccionales, e incluso que subyace también de manera prevaeciente en toda la población.

Pondérese lo siguiente: con todo y la socialización que desde el siglo XIX se ha hecho del principio de división de poderes, con base al cual las funciones ejecutiva, legislativa y judicial, son atribuidas a órganos distintos, con el propósito de evitar la invasión de poderes y funciones, o en términos más precisos para que tales poderes y funciones no se reúnan en una misma persona o en personas de una misma casta⁴⁵, según la versión original de Montesquieu, ya que sólo de esta manera es posible evitar el abuso del poder que como bien lo dice el autor *Del espíritu de las leyes*, “...no hay poder que no incite al abuso, a la extralimitación⁴⁶”, no obstante todo esto, al poder del discurso de la tripartición funcional del poder público —o discurso de Montesquieu sobre la *racionalización* en la distribución del poder— se opone sigilosamente el poder de las estructuras míticas y místicas de lo imaginario que, en términos de Bachelard, estimulan actitudes de “...contemplación

⁴⁵ Montesquieu, *Del espíritu de las leyes* [Tr. Nicolás Estévanes], Ed. Porrúa, Col. Sepan Cuantos, 6ª. edición, México, 1985, p. 105.

⁴⁶ “Cuando el poder legislativo y el poder ejecutivo se reúnen en la misma persona —dice Montesquieu— o el mismo cuerpo, no hay libertad; falta la confianza, porque puede temerse que el monarca o el Senado hagan leyes tiránicas y las ejecuten ellos mismos tiránicamente”. (Montesquieu, Ob. cit. pp. 103-104).

monárquica⁴⁷” y de divinización de una imagen omnimoda de autoridad — como se verá más adelante con el simbolismo ascensional—, misma que en los tiempos actuales no sólo es la del monarca y la del emperador, sino también la del primer ministro o la del titular del poder ejecutivo, sobre todo en casos paradigmáticos como el de la sociedad mexicana.

Para Durand, en su obra que en esta tesis se ha venido citando, hay tres grandes temas sobre lo imaginario que establecen una estructura profunda de la conciencia, en cuanto al inicio de actitudes metafísicas y morales. Éstos son “...el esquema⁴⁸ ascensional, el arquetipo⁴⁹ de la luz uraniana y el esquema diairético”⁵⁰. Y para el estudio de estos grandes temas sobre procesos de lo imaginario —se aclara que para los fines de esta exposición sólo se hace énfasis en el primero— en el que de paso pone de relieve la convergencia isomorfa que caracteriza a las estructuras simbólicas, el precitado autor, a partir del análisis de toda una constelación de símbolos entre los que sobresale el del centro y la espada, observa cómo “...la actitud imaginativa de la elevación, originalmente psicofisiológica —lo cual antes explica a partir de Piaget—, no sólo inclina hacia la purificación moral, hacia al aislamiento angélico o monoteísta, sino que incluso está vinculada a la función sociológica de soberanía. El *cetno* —sostiene— es la encarnación sociológica de los

⁴⁷ Expresión de Bachelard, citado por Durand, Gilber. A lo que añade que esa actitud de contemplación monárquica está vinculada “al arquetipo luminoso visual, por un lado, y por otro al arquetipo psicociológico de la dominación soberana”. (Ob. Cit. Durand, G., p. 128.

⁴⁸ En la terminología de lo imaginario la palabra “esquema” “es una generalización dinámica y efectiva de la imagen, constituye la factividad y la no sustantividad general de lo imaginario. [...] El hace la unión, no ya como quería Kant, entre la imagen y el concepto, sino entre los gestos inconscientes de la sensoriomotricidad, entre las dominantes reflejas y las representaciones. Son estos esquemas los que forman el esqueleto dinámico, el cañamazo funcional de la imaginación”. (Durand. P. 53.

⁴⁹ “Los arquetipos constituyen la sustantificación de los esquemas”. (Durand, p. 54.

⁵⁰ Durand. P. 116.

procesos de elevación”⁵¹. Antes de llegar a esta conclusión que líneas adelante se complementará, dedica varias páginas al análisis al ascencionismo, para él toda valoración —que se expresa en la estructura de los símbolos ascensionales, desde luego, como el del cetro y la espada de la justicia, por ejemplo —, es una verticalización⁵². Con apoyo en Bachelard, de quien fue discípulo, sostiene además que “...los esquemas de elevación y los símbolos verticalizantes son por excelencia «metáforas axiomáticas» [...] que «comprometen» más que cualquier otra el psiquismo entero”⁵³.

El ascencionismo simbólico, como el de la luz uraniana y el de la espada de la justicia es por excelencia verticalización soberana, es, para Desoille⁵⁴, el encuentro de la ansiada idea de la moral y de la complitud metafísica; es el esfuerzo consumido en el ascenso a la montaña sagrada para contemplar a los dioses, cuyos rostros jamás serán vistos por el ojo humano; o en palabras de Éliade, “...el altísimo «lo alto» es una categoría inaccesible al hombre como tal, pertenece por derecho propio a los seres sobre humanos”⁵⁵.

En todas las mitologías el simbolismo ascensional es sinónimo de poder, elevación y poder es una y la misma cosa, pero además el poder es real o no es poder. El poder, simbolizado por el Rómulo en la mitología latina, para citar el ejemplo de Durand, es poder real, no se olvide que el origen de la Roma arcaica es monárquico, y como poder real que el fundador de Roma encarna, al igual que el poder de la Diosa *Themis* en Hesíodo, que adquiere su poder de *Dike* y *Seus* para llevar y concretizar el derecho a los mortales, en la mitología latina el rey Rómulo también es protegido de la divinidad,

⁵¹ Durand., p. 129.

⁵² Durand. P. 117.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ Autor citado por. Durad, p. 118.

⁵⁵ Ob. cit. p. 127.

adquiere su poder de Júpiter y de Marte, sin lo cual no sería portador del *lituss* (vara augural) y del cetro. Es así como el guerrero Rómulo es símbolo de la divinidad, la sabiduría y la justicia, con razón Durand interroga: “El mismo Marte, el guerrero por excelencia, ¿no será invocado bajo el vocablo de Thinesus, *amo de las asambleas*, soberano jurista? Porque la espada guerrera es también la espada de la justicia⁵⁶”. Y para complementar la conclusión arriba referida, sostiene que “...el poder judicial no es más que una agresividad ejecutiva codificada y dominada. Y aunque Odín, el gran rey divino de los germanos, combate con armas distintas a la espada, pese a la sutil argumentación dumeziliana hay que reconocer una colusión guerrera entre las armas, las espadas y las lanzas. En definitiva, todo poder soberano es poder triple: sacerdotal y mágico por un lado, jurídico por otro, y por último militar⁵⁷. De tal forma que como ha quedado referido, al poder del discurso sobre la tripartición funcional del poder que descansa sobre la noción moderna de «poder soberano», según la cual “...la soberanía reside esencial y originalmente en el pueblo y que todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de este...” —artículo 39 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, misma disposición normativa que se establece en todas las constituciones del mundo—, se opone el poder invisible de los endurecidos rostros de lo imaginario, el poder de lo simbólico y el de las estructuras significantes de la generalización dinámica y efectiva de la imagen de autoridad, poder soberano y de *justicia*⁵⁸ que enseguida se aborda.

⁵⁶ Ob. Cit. P. 131.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ La generalización dinámica y efectiva de la imagen es denominada por G. Durand como “Esquema”, el cual para este autor “constituye la factividad y no la sustantividad general de lo imaginario. [...] Son estos esquemas los que forman el esqueleto dinámico, el cañamazo funcional de la imaginación”. Para Sartre —

Para ahondar un poco en la idea de justicia, habrá que referirse para ello de manera obligada al acensionismo, a la verticalización que se expresa en la alegoría de justicia en Hesíodo, es decir, en la mitología de los orígenes de la Cultura Occidental, procurando evitar en la medida de lo posible el alejamiento del sincretismo cultural que caracteriza la estructuración simbólica de esta institución jurídica o concepto posteriormente elaborado por la filosofía. El centro irradiador de poder que configura, da forma y sustento a la idea de justicia divina encarnada en *Themis es Zeus*, el Dios máximo, el Dios de todos los dioses, el soberano, el absoluto que eligió como esposa a la Diosa *Themis*. Pero la justicia, que no es para los dioses porque los dioses sino para los mortales, tiene que llevarse a éstos, y la facultada por el soberano *Zeus* para llevar la justicia del cielo a la tierra es la Diosa *Themis*⁵⁹, simbolizada hoy con los ojos vendados, portando en su mano izquierda la balanza y en su diestra la espada de la justicia que proyecta con fuerza una luz radiante y dorada, todo la cual, como se ha dicho, constituye el prototipo de los esquemas ascensionales.

Sin embargo, como bien lo refiere Radbruch, este símbolo de la justicia no corresponde a los tiempos de la racionalización mítica de Hesíodo, sino que con posterioridad, a través del sincretismo cultural sobre todo de los romanos, a *Themis* y a *Dike* se les atribuye su *aequitas*⁶⁰, es decir, la balanza,

dice Durand—, “...el esquema aparece como el «presentificador» de los textos y las pulsiones inconscientes” (Véase a Durand, *Ob. cit.*, pp. 53-54).

⁵⁹ Agustín Basave Fernández del Valle observa en la simbolización de la justicia en Hesíodo: en *Themis* y *Dike*, que la Diosa *Dike* no sólo es Diosa del derecho sino también de la política, ya que “...dar concreción al derecho y fundar un orden de paz es tarea eminentemente política. Consiguientemente, *Dike* debiera ser tenida no tan sólo por Diosa de la justicia —que ya lo es su madre *Themis*— sino también —y acaso más— por Diosa de la política”. (Basave Fernández del Valle, Agustín, “Fundamentos y esencia del derecho internacional”, p. 40).

⁶⁰ Radbrucha, P. 139.

aunque lo más probable es que para la época de Hesíodo la espada ya haya sido un atributo de la justicia. Según refiere al autor citado, es en la Edad Media cuando la espada y la balanza se unieron para simbolizar la justicia⁶¹, lo que conforme a lo anteriormente expuesto sobre la simbología ascensional y el isomorfismo que ésta presenta en éste, no debe considerarse como un dato incuestionable.

Se ha hablado ya, tal vez con abundancia, del símbolo y de la simbología ascensional de la justicia. ¿Pero qué es la justicia? La fórmula heredada de la tradición romana, atribuida a Ulpiano, según la cual *iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*, no aclara mucho las cosas. Pues suponiendo que exista en el mundo alguien con la voluntad firme y continuada para dar a cada uno lo suyo, el problema que nadie ha podido resolver es sobre la base de qué criterio es posible determinar —si es que esto es posible— qué es lo que corresponde a cada cual.

Sobre el problema de la justicia Kelsen observa un paralelismo entre la doctrina de las ideas de Platón —desarrollada *ex profeso* para solucionar el problema de la justicia— y la idea de Dios en la teología de todas las religiones, en lo referente a la idea de «bien absoluto», a cuya idea se subordinan todas las demás ideas en la metafísica platónica⁶². Tanto en la doctrina de las ideas de Platón como en la teología cristiana, por ejemplo, la idea de Dios presupone la idea de bien absoluto y a su vez el bien absoluto presupone la justicia. Pero la identidad «bien-justicia» no es el problema fundamental, pues a final de cuentas el mismo Kelsen acepta que justicia es igual al bien —o que la justicia y el bien es una y la misma cosa—, sino no que el problema se ubica en el carácter «absoluto» que a partir de Platón en el

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² Kelsen, Hans, “¿Qué es justicia?” en *¿Qué es justicia?*, pp. 46-47.

campo de la filosofía, como antes en el de la mitología, se ha atribuido a ese «bien» que presupone la justicia. Sin lo cual la justicia no es tal. Postura esta que indudablemente sienta las bases mitológico-religiosas para las transposiciones imaginarias sobre la idea de justicia.

Sin embargo —escribe Kelsen—, por más que Platón intentó concluir sus investigaciones en una definición racional de justicia, supuestamente a través de un método específico —la dialéctica—, esta empresa nunca la pudo lograr, este yerro sirve a Kelsen para reafirmar su tesis de que la justicia es incognoscible por la vía racional, o con otras palabras, que la justicia es un juicio subjetivo de valor. Y no puede ser de otra manera porque considerado este problema desde el punto de cognitivo, hablar de justicia, y más aún de distribución de justicia, es hablar de conflictos de intereses. Por tanto, la solución de esos intereses, o más aún de conflictos de intereses, “sólo puede lograrse por un orden —se refiere a un orden social— que bien satisface uno de los intereses en perjuicio del otro, o bien trata de establecer una transacción entre los opuestos”⁶³. De lo anterior se deriva que, para Kelsen, materialmente es imposible la existencia de un orden justo, “capaz de procurar la felicidad a cada uno, si el concepto de felicidad se define en su sentido originario y estricto de felicidad individual”⁶⁴, por lo que no puede haber una justicia absoluta, sino sólo relativa.

Retornando a Platón, Kelsen resalta el hecho en este filósofo de que su idea de *Bien absoluto* está más allá de cualquier conocimiento racional, por lo que como el mismo Platón lo acepta —refiere el profesor vienés, citando la Epístola VII de Platón— “...la visión del Bien absoluto sólo es posible a través de una experiencia de tipo místico, que únicamente pueden lograr unos pocos

⁶³ Kelsen, *Teoría General del Derecho y del Estado*, p. 15.

⁶⁴ Ob. Cit. P. 5.

mediante la gracia de Dios. Dice también que es imposible describir el objeto de su visión mística —el Bien absoluto— en términos del lenguaje humano. De ahí que no pueda existir respuesta a la pregunta: ¿Qué es la justicia? La justicia es, pues, un secreto que Dios revela, en el mejor de los casos, a unas pocas personas selectas que no pueden comunicárselos a los demás⁶⁵. Así concluye Kelsen su análisis sobre la idea de justicia en la metafísica de Platón, la cual coincide con los enfoques hechos a partir de lo imaginario y de las estructuras simbólicas que se ha expuesto.

Kelsen pone de relieve en el pensamiento de Platón el enorme caudal de ensoñación mítica que subyace en la raíz de su *Teoría del conocimiento*, el cual luego se desvanece en una racionalidad filosófica que lo más que logra es formular una idea y un concepto de justicia aptas para el maniqueísmo y el privilegio de quien posee el poder, o de quien posee la facultad de juzgar o para crear y aplicar la ley. Debe aclararse que esto no constituye el objeto de análisis de Kelsen, pero tal lectura se desprende también de su citado texto.

Ahora bien, si se pondera el poder del discurso alegórico de Platón sobre la justicia, en el cual queda muy claro que la justicia es un secreto revelado por Dios a sólo unos cuantos, príncipes, reyes, emperadores, magistrados, etc., o a quien está facultado por la ley para impartir o procurar justicia, y si además se considera el complejo proceso de sincretización de tal idea de justicia, entre otras expresiones culturales, con la de la tradición judeo-cristiana y la del pasado teogónico de Hesíodo, de lo que sólo queda en los inicios del siglo XXI una lánguida y despolitizada imagen de la Diosa *Themis* —como acertadamente lo refiere Agustín Basave Fernández del Valle—, y si se considera todo esto que finalmente confluye en el imaginario de los operadores del derecho para su estructuración simbólica, lo que

⁶⁵ Ob. cit. P. 47.

indudablemente de una u otra manera influye también en las decisiones judiciales, se tendrá que aceptar la urgencia de ir al encuentro de los rostros imaginarios del tiempo para su estudio y posterior búsqueda de mecanismos de intercepción y control.

2.6. LA EPISTEMOLOGÍA DE LAS SIGNIFICACIONES. La anterior exposición sobre el poder de lo imaginario y lo simbólico pone de manifiesto, en primer lugar, los inútiles esfuerzos en la milenaria historia de la Cultura Occidental —cuyos cánones ha llevado a prescribir a la ciencia la escisión saber-poder— por querer encontrar en la naturaleza humana no algo menos que *razón*. Se insiste en colocar la razón como esencia de la naturaleza humana, pero ya pocos coinciden en que la idea de naturaleza humana deba proclamarse en los términos reduccionistas del al monismo racionalista, pues la sinrazón es lo más próximo a lo humano, mucho más que la razón que para los iusnaturalistas fundamenta los derechos y que, paradójicamente, para ello no pueden prescindir de Dios ni de la simbología ascensional, en quien finalmente se fundamenta tales derechos.

Tal es el dilema que hoy enfrenta el discurso del eterno retorno a la Teoría del Derecho Natural. Y en segundo lugar, los esquemas de imitaciones antropológicas condicionadas por el medio de interacción humana, el cual en cierta forma cancelan la posibilidad a las posturas racionalistas de liberarse por completo del universo de lo imaginario — según ha quedado expuesto con G. Durand—, pone de relieve la necesidad de seguir el camino andado por Kelsen, en cuanto a su preocupación por la identificación plena los elementos ideológicos transferidos a la estructura de la ciencia del derecho para actuar en consecuencia. De manera muy particular, y las investigaciones en esta dirección significaría una contribución al desarrollo de la perspectiva

científica kelseniana, en lo que tiene que ver con la construcción de la verdad jurídica, tanto en el ámbito de la producción del derecho como en el de la interpretación de la ley.

La orientación de tal empresa ya ha sido señalada entre otros por L. A. Warat, quien desde la perspectiva de una epistemología de las significaciones que sustituiría o complementaría la epistemología de los conceptos, este autor, influido un tanto por el pensamiento de Foucault, sostiene que el dislocamiento epistemológico por él propuesto "...no debe ser realizado ni por la supremacía de la razón sobre la experiencia, ni tampoco de la experiencia sobre la razón, sino más bien, por el primado de la política sobre ambas. Por tanto —escribe Luis A. Warat— el análisis de las verdades jurídicas exige la explicitación de las relaciones de fuerza que forman dominios de conocimiento y sujetos como efectos del poder y del propio conocimiento”⁶⁶.

3. MITOS Y TEORÍAS EN LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY. No se trata en este punto de inventariar las teorías competentes sobre la interpretación de la ley, algo sobre lo que la producción bibliográfica es abundante. El propósito en este apartado es más bien resaltar las principales alegorías, esquemas, arquetipos, imágenes costumbreras e ideas mitificadas que explícitas o implícitamente subyacen en las principales doctrinas sobre la interpretación de la ley; para lo cual sólo se hará se abordará y se hará énfasis en el método exegético y la Escuela Histórica.

Algo más: para el fin que aquí se persigue se elude, también, el análisis de los temas sobre la retroactividad de la ley y el conflicto de leyes en el

⁶⁶ Warat, Luis. A., *El saber crítico del derecho y un punto de partida para una epistemología de las significaciones*, en "Derecho y Sociedad, revista del Colegio de Abogados de Nuevo León, núm. 2, año 2, 1999, p. 74-75.

espacio y en el tiempo. Temas también muy privilegiados por los estudios de los juristas de todas las corrientes.

3.1. EL MITO DE LA ÚNICA INTERPRETACIÓN CORRECTA.- Dentro del discurso competente de los juristas sobre la interpretación de la ley aparece el de Eduardo García Máynez, uno de los más influyentes en los juristas y operadores del derecho mexicanos. Para García Máynez el problema de la interpretación de la ley es un problema que debe ser planteado a la «técnica jurídica», la cual para él constituye una rama de la «jurisprudencia técnica», disciplina que tiene por objeto de estudio, por un lado, «...la exposición ordenada y coherente de los preceptos jurídicos que se hayan en vigor en una época y un lugar determinados»⁶⁷, y por el otro, «...el estudio de los problemas relativos a su interpretación y aplicación»⁶⁸.

Dado que la jurisprudencia técnica es para este autor una doctrina del derecho positivo “que no versa, como la teoría jurídica fundamental, sobre la esencia del derecho, ni estudia los valores supremos del mismo...”⁶⁹, la interpretación de la ley es percibida por él tan sólo como un problema técnico y práctico. No como un problema teórico. Ni mucho menos la interpretación de la ley es para García Máynez un problema epistemológico, aunque atribuye la denominación de doctrina a las técnicas de interpretación y de aplicación del derecho⁷⁰.

Según Eduardo García Máynez, no obstante que todo precepto normativo encierra un sentido, no siempre es necesaria la interpretación, pues

⁶⁷ García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*. P. 124.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ Ob. Cit. P. 125.

él asegura que hay preceptos formulados de manera muy clara que no requieren de la interpretación, “la interpretación sólo resulta posible cuando hay preceptos que deben ser interpretados”⁷¹, en cuyo caso el juez debe cumplir cualquiera de las siguientes dos tareas: 1) de interpretación, 2) o bien de integración. La interpretación consiste en desentrañar el significado de los vocablos que integran la fórmula normativa, pues pudiera ser —escribe García Máynez— que éstos posean acepciones distintas, o que la construcción gramatical sea defectuosa. A lo que enseguida agrega que “...el conjunto de procedimientos destinados al desempeño de esta tarea constituye la técnica interpretativa”⁷².

La integración, en cambio —sostiene García Máynez, al igual que se sostiene en todas las teorías competentes y tradicionales sobre la interpretación de la ley— sólo es posible en los casos de que existan lagunas del derecho; es decir, en los casos en que “...una cuestión sometida al conocimiento de un juez no se encuentre prevista en el ordenamiento positivo. [...] Pero la actividad del juez no es, en esta hipótesis, interpretativa, sino constructiva”⁷³.

García Máynez parte del supuesto de que la interpretación, como arte específico de los juristas que posibilita encontrar el sentido de una expresión jurídica —o para descubrir su significado—, “...consecuentemente posee una técnica especial, pero toda técnica supone el correcto empleo de una serie de medios, para la obtención de ciertos fines, ya que el buen éxito de la actividad del intérprete dependerá de la idoneidad de los procedimientos que utilice”⁷⁴.

⁷¹ Ob. cit. P. 129.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ Ob. cit. p. 331.

De tal forma que si el intérprete de la ley utiliza los medios idóneos que le ofrece el arte de la interpretación —cual si se tratara de la actividad artística de un pintor—, entonces indefectiblemente tendrá que lograr los fines deseados, a saber: obtener la única posibilidad correcta de interpretación, descubrir el único sentido correcto de la expresión normativa sujeta a interpretación, con lo que irremediablemente surge el mito de la única posibilidad correcta de interpretación. En la exposición que se hará en el siguiente capítulo sobre la *Teoría de la interpretación de la ley* propuesta por Hans Kelsen, quedará mejor aclarado por qué se habla aquí del mito de la única interpretación correcta de la ley.

Indiscutiblemente existe en García Máynez, como iusnaturalista que es, una auténtica y profunda profesión de fe en el absolutismo filosófico. Y fiel a esta corriente del pensamiento percibe una realidad absoluta que existe independientemente de la conciencia, la cual, por ende, sobrepasa toda experiencia humana. Pero García Máynez no sólo percibe una realidad absoluta donde los valores son también datos de la experiencia, es decir, datos de esa realidad donde el sujeto cognoscente, en el proceso de conocimiento, aparece como un sujeto pasivo, puesto que es la realidad la que en el sujeto se refleja como si fuera un espejo, sino que además, por ser las normas jurídicas una parte del ser absoluto —siempre y cuando se fundamenten en los principios del llamado Derecho Natural—, o de esa realidad absoluta donde los juicios de valor son también parte del ser, por ese sólo hecho tales las normas poseen la cualidad de autodeterminación absoluta, no de una determinación relativa que intencional o inintencionalmente es atribuida por el legislador.

Para la metafísica jurídica asumida por García Máynez y por todos los tradicionalismos de la interpretación, es inadmisibile la tesis kantiana de que el

sujeto cognoscente es, desde el punto de vista epistemológico, el creador de su propio mundo, el creador de su propio objeto de conocimiento, por lo que jamás podrá ser admitido que las decisiones judiciales poseen un carácter constitutivo. Por eso, desde el punto de vista del absolutismo filosófico de los iusnaturalistas, la actividad decisoria del juez consiste sólo en describir lógicamente y gramaticalmente las premisas jurídica y factual que se asumen como fundamento de la sentencia judicial.

O dicho lo anterior de otra manera: para las teorías tradicionales de la interpretación de la ley, independientemente de que sus acentuaciones se fundamenten en criterios históricos, sistemáticos, lógicos o analógicos, etc., la interpretación es siempre un problema que en esencia se tiene que ver con el desentrañamiento de expresiones gramaticales que por un acto de derecho se les atribuye un sentido jurídico, ello por más que se diga que la interpretación no debe ser meramente gramatical, y en el mejor de los casos es algo que tiene que ver con la lógica; pero no es visto que la interpretación es algo que tiene que ver con problemas epistemológicos. Pues como se ha visto en párrafos anteriores, la simpleza de García Máynez llega a establecer que sólo en el supuesto de que una ley no sea clara se requiere de la interpretación, y que en caso de que gramaticalmente no sea posible establecer el sentido de la norma, entonces se deberá recurrir a la lógica.

La interpretación de la ley es además, según el punto de vista de las diferentes teorías tradicionales, para reafirmar lo antes dicho, «un acto de descubrimiento» del sentido de la norma en el cual, el intérprete —o sujeto cognoscente—, juega un papel pasivo, y es al objeto de conocimiento, es decir, la realidad normativizada por el derecho, la que conforme a este criterio le corresponde juega el papel activo, al reflejarse en la conciencia del sujeto cognoscente. De lo anterior se deduce que el llamado acto de interpretación de

la ley es un proceso meramente descriptivo, no constitutivo de conocimiento, pues al juez no le es dado crear derecho sino sólo encontrar a través de las teorías sobre la interpretación de la ley la única interpretación correcta de la norma jurídica aplicable; salvo en la hipótesis de que existan lagunas de ley, en cuyo caso el juez sí está facultado a realizar una actividad integradora del derecho, no ya meramente interpretativa, sostiene García Máynez, para lo cual supuestamente se tiene que ajustar a los principios generales del derecho, al Derecho Natural y a la equidad.

Sin profundizar lo suficiente en este inexplorado tema, Óscar Correas dedica unos párrafos a lo que él llama la ideología de la única interpretación correcta —lo que aquí se denomina el mito de la única interpretación correcta. Llama la atención el hecho de que, no obstante los fuertes argumentos de la hermenéutica jurídica respecto a la imposibilidad de una única interpretación correcta de un texto legal, la opinión que prevalece en las escuelas y facultades de derecho y entre los más connotados juristas, es en el sentido de que sí es posible la interpretación única. Aunque tal creencia se oponga —“...incluso contra toda experiencia posible forense —escribe Óscar Correas—, puesto que todo abogado sabe que frente a una interpretación siempre es posible otra contraria. Y el abogado que no sepa hacerla debe cambiar de oficio”⁷⁵.

Tampoco en esta tesis se ha ahondará lo suficiente en este problema desde el punto de vista ideológico, el cual para los operadores del derecho y la mayoría de los juristas tradicionales no constituye ningún problema. Tan es así que la creencia en la interpretación única no está en debate. Es tenida como un axioma. No está por demás apuntar, para posteriores investigaciones, la

⁷⁵ Correas, Óscar, *Metodología jurídica, una introducción filosófica I*, Ed. Fontamara, México, México, 1997, p. 196.

hipótesis de que la creencia en la interpretación única correcta no es algo que sólo tiene que ver con la influencia de estructuras ideológicas, donde indudablemente cumple una importante función, sino, fundamentalmente, con estructuras antropológicas del imaginario, más o menos en los términos expuestos en este capítulo siguiendo las investigaciones de Durand. Pero también, por otro lado, con el *ethos* de los juristas, sus valores, reglas, prescripciones, presuposiciones, costumbres, creencias, etc.

3.2. EL MITO DE LAS LAGUNAS DE LA LEY. Y aquí surge otro más de los grandes mitos que anidan en las teorías tradicionales sobre la interpretación de la ley: el mito de las lagunas de la ley. Véase lo siguiente: como consecuencia de la profesión de fe en el absolutismo filosófico, en el cual se fundamentan las teorías tradicionales sobre la interpretación de la ley, y con base en el cual también se proclama que la relación de determinación entre una norma de jerarquía superior y otra inferior, es siempre una relación determinada de manera absoluta —salvo error o alguna deficiencia de técnica legislativa—, erróneamente se cree que las decisiones judiciales se ajustan única y exclusivamente a las disposiciones normativas previamente establecidas por el órgano productor de normas jurídicas, y que en ningún caso puede haber un cierto margen para la libre discrecionalidad del juez, al menos de que el legislador así lo disponga expresamente en la norma.

Lo visto en el anterior párrafo, respecto a que la relación que se establece entre la norma de superior jerarquía y la inferior —dentro de un marco jurídico aplicable—, es una relación de determinación o de obligación, es algo que no está en discusión.

Es este uno de los axiomas del pensamiento jurídico moderno, independientemente de posturas filosóficas o de concepción teórica-

metodológica que se profesen. En esto no hay discrepancias. La discrepancia está en que, para el absolutismo filosófico, la referida relación de determinación, establecida por un acto de derecho, se da siempre de manera absoluta —no relativa. Salvo las siguientes excepciones: 1) que el legislador decida, por un acto de voluntad, dejar un cierto margen para la libre discrecionalidad del juez, a lo que ya se hizo la debida referencia; b) que esa relación de determinación —o de obligación— no se manifieste de manera completa o absoluta debido a un error del legislador, o bien a un cierto grado de deficiencia de técnica legislativa, en cuyo caso se habla de que hay una «laguna de la ley», la cual debe ser colmada por el juez. Sólo en este caso y no en ningún otro, desde el punto de vista de las teorías tradicionales sobre la interpretación de la ley, le es dado al juez la facultad de crear derecho.

Pero las cosas son de distinta manera, pues como bien lo señala Kelsen, “...todo acto jurídico, sea un acto de producción de derecho, sea un acto de pura ejecución, en el cual el derecho es aplicado, sólo está determinado en parte por el derecho, quedando en parte indeterminado”⁷⁶, por lo que a diferencia de lo sostenido por las teorías tradicionales de la interpretación de la ley, no hay posibilidad alguna de que el legislador pueda establecer en una norma de jerarquía superior, en su relación de determinación con la norma de jerarquía inferior, una forma de determinación completa o absoluta. Lo normal es la indeterminación.

Todas las disposiciones normativas de naturaleza jurídica son indeterminadas y es facultad legal del juez —en el proceso que cumple de interpretación y aplicación del derecho darles complitud—, y no sólo porque materialmente es imposible al legislador poder prever todas las situaciones concretas en que una norma jurídica cualquiera debe ser aplicada, todas las

variables que involucran al caso concreto que se le presenta, sino también porque la realidad social es compleja y cambiante, en tanto que paradójicamente a las leyes se les atribuye por lo general una vigencia indeterminada. Pero además porque ninguna norma jurídica adquiere sentido de manera aislada, siempre debe interpretarse en relación con el conjunto de normas sobre la materia integrantes del sistema normativo del cual forma parte —o más concretamente dentro del marco jurídico aplicable—, el que en las sociedades complejas del mundo actual se convierte prácticamente en una inextricable selva preceptiva; de ahí que el sentido que el legislador atribuye a una determinada norma —o conjunto de normas— que pretende regular, por ejemplo, el alto índice de homicidios imprudenciales originado por automovilistas que conducen en estado de ebriedad, lo más probable es que los intérpretes de la ley, jueces, agentes del Ministerio Público, abogados, profesores de derecho, o incluso el simple gobernado, le atribuyan un sentido distinto. Y esto sin considerar los problemas de vaguedades y ambigüedades originados por el mal uso del lenguaje.

Se tendrá que concluir, entonces, que la relación que se establece entre una norma jurídica de jerarquía superior con otra de jerarquía inferior, por medio de la cual la de jerarquía superior determina la regulación “del acto mediante el cual se produce la norma de grada inferior, o regula el acto de ejecución cuando ya se trata de esto”⁷⁷, o bien en los casos en que la de jerarquía superior también “determina no sólo el procedimiento mediante el cual se establece la norma inferior o el acto de ejecución, sino también, en ciertos casos, el contenido de la norma que se instaurará o del acto de

⁷⁶ *Teoría pura*, p. 350.

⁷⁷ *Ob. cit.* pp. 349-350.

ejecución que se cumplirá”⁷⁸, es siempre, y jamás podrá ser de una manera distinta, una determinación relativa, nunca una determinación completa o absoluta.

A partir de todo lo anterior se concluye que, en todos los casos de interpretación de la ley, lo normal es que aún en las prescripciones normativas más precisas en que el legislador ordena al juez cómo actuar en un caso concreto, siempre quede un cierto margen para la libre discrecionalidad del intérprete de la ley, es decir, del juez. Este es el punto de llegada de Kelsen. Y a esa indeterminación, o determinación relativa que para la ansiedad del absolutismo filosófico es incomplitud ontológica, se le ha dado el nombre de lagunas de la ley. Con lo que se ha institucionalizado el mito de las lagunas de la ley.

3.3. EL MITO DE QUE EL JUEZ SÓLO CUMPLE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y QUE SÓLO CREA DERECHO CUANDO LA LEY LO FACULTA PARA ELLO. El mito de las lagunas de la ley, como todos los mitos, cumple una función ideológica. Esta consiste, por una parte, en hacer creer que la función que cumplen los jueces es estrictamente jurisdiccional —de *iurisdictio*, decir el derecho o interpretar el derecho—, que por disposiciones de ley a los jueces no les es dado crear derecho, sino sólo interpretarlo y aplicarlo, es decir, descubrir el sentido del mandato legal y aplicarlo a los casos concretos que se les presentan, salvo las excepciones que la propia ley establece, en los casos en que existan lagunas de ley, y por otra parte, hacer creer también en una absoluta imparcialidad, objetividad y serenidad de los jueces, cuya reflexiva imagen, coloreada en el reclinatorio del templo de Themis, siempre se muestra defendiendo el orden y la justicia y repitiendo las

⁷⁸ *Ibidem*.

letanías del derecho y siempre completamente alejada de la política, actividad propia del órgano de producción del derecho.

Sólo en casos en que haya lagunas de ley, se asegura, el juez está facultado por la ley a crear derecho, y según el discurso dominante en este caso el juez no cumple una función de interpretación, sino de integración⁷⁹. Esto, desde luego, resulta ser una falsa aseveración que se contrapone a la naturaleza propia de los procesos legislativos —materialmente hablando—, en los cuales no sólo las leyes se crean por el legislador sino también por el juez, aunque por supuesto, siempre el juez posee mayores restricciones que el órgano de producción de derecho, es decir, el poder legislativo.

En efecto, la aplicación de los preceptos normativos por el juez al caso concreto que se le plantea, exige necesariamente la individualización de la norma que ha de ser aplicada a alguien, y en este proceso de individualización en el que como se dijo, el juez posee un margen —grande o pequeño— para su libre discrecionalidad, indefectiblemente se crea derecho. Esto significa que la norma jurídica individualizada, sea ésta una sentencia judicial o un contrato de compraventa celebrado entre particulares, por ejemplo, es un acto de creación de derecho; no sólo de interpretación y aplicación, como generalmente se cree.

3.4.EL MITO DE LA INTERPRETACIÓN AUTÉNTICA. Los inútiles esfuerzos por querer encontrar el único sentido correcto de la norma jurídica sujeta a interpretación, han llevado a los constructores de mitos y teorías sobre la interpretación de la ley a la formulación de lo que se considera la teoría “más confiable”: la teoría de la interpretación auténtica. En la doctrina dominante sobre la interpretación de la ley la interpretación auténtica se

atribuye al legislador, a él se recurre con mayor certeza para saber cuál es la interpretación auténtica. Por ser éste el creador de la ley, en caso de conflicto sobre la interpretación correcta de un precepto legal.

Se cree que por ser el órgano legislativo el hacedor por normas, o quien por disposición de ley atribuye sentido a las normas, por este sólo hecho este órgano es quien mejor que cualquier otro intérprete posee la facultad para desentrañar el sentido correcto de la norma cuyo sentido se quiere conocer. Esto por una parte, y por la otra, también se dan casos en que en la misma ley se establece en qué forma ha de entenderse el precepto o los preceptos que emite el legislador, o bajo qué métodos éstos han de ser interpretados; en la realización de tal o cual hipótesis todos los operadores del derecho —jueces, magistrados, agentes del Ministerio Público, abogados, etcétera— están obligados a obedecer las disposiciones legales emitidas por el legislador. Pero ni aún en este caso es posible llegar a una sola posibilidad correcta del sentido de la norma sujeta a interpretación, pues lo que sucede en la realidad es que todos los actos jurídico, trátase de un acto de mera ejecución de derecho o bien de creación de derecho, sólo puede ser determinado en parte por el derecho, pues aún en los casos en que exista la intención en el legislador de otorgar a la norma una determinación completa⁸⁰, esta intención resulta ser sólo un deseo, no una posibilidad, por lo que debido a los cambios en los contextos culturales, los problemas policémicos, la disfunción de los canales, etcétera, la pretendida determinación completa o absoluta resulta ser finalmente una falacia, o bien una indeterminación no intencional.

En efecto, dada la indeterminación que caracteriza la formulación de las normas jurídicas, sea ésta intencional o no intencional, y por más grande que

⁷⁹ García Máñez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, p. 129.

⁸⁰ *Teoría pura*, p. 350.

sea el deseo de la obtención de una determinación absoluta —completa— que profesan los partidarios del absolutismo filosófico, en materia de interpretación de la ley, la única posibilidad real que existe, como bien lo señala Kelsen, es que “...el derecho por aplicar constituye sólo un marco dentro del cual están dadas varias posibilidades de aplicación, con lo cual todo acto es conforme a derecho si se mantiene dentro de ese marco, colmándolo en algún sentido posible”⁸¹.

Con otras palabras, dentro de un marco jurídico aplicable a un caso concreto que se presenta al juez no hay una sola posible interpretación correcta, no hay una decisión única correcta sino varias. Y todas son auténticas si se emiten por el órgano jurisdiccional competente con base a ese marco jurídico aplicable, razón por lo que la llamada interpretación auténtica de la ley es uno más de tantos mitos que furtivamente se han introducido en las teorías sobre la interpretación de la ley. Esta es la única idea aceptable de la llamada interpretación auténtica, que es la que plantea Kelsen para diferenciar la interpretación que realizan los órganos jurídicos de aplicación del derecho y la interpretación científica del derecho, como se verá más adelante. Aunque en esta tesis se considera que el término más adecuado para referirse a lo que Kelsen llama interpretación auténtica —algo muy distinto a lo que generalmente se entiende por este enunciado— es “interpretación legal”. Esto en razón de que la expresión “interpretación auténtica”, que en el pensamiento kelseniano se refiere a la elección de una entre varias interpretaciones posibles, pudiera sugerir la idea de que esa interpretación llamada auténtica, es decir, la elegida entre varias por el juez, sea la única correcta.

⁸¹ *Teoría pura*, p. 351.

3.5. LAS TEORÍAS. Sin exclusión alguna de tendencias ni de matices, tanto empiristas como racionalistas clásicos parten del supuesto de que la realidad se rige por leyes, y que es tarea de los científicos descubrirlas. Ahora bien, en el caso del racionalismo clásico, base sobre la cual se construye la Teoría del Derecho Natural, “...el mundo tiene un centro dador de sentido: el logos. [...] Y ese centro otorga fijeza al significado de las palabras⁸²”, con lo que se genera confianza y seguridad entre los seres humanos.

También pudiera estar ese centro dador de sentido por el lado de la experiencia, en algún lugar ha de estar, pues un “...mundo sin centro dador de sentido, es inquietante, angustiante⁸³. Y “...si el mundo es racional, si eso significa que puede ser captado por la razón humana, entonces —todo es cuestión de método⁸⁴. De lo contrario sería el caos, el desorden, la desesperación, no habría confianza ni seguridad en nada. Pues “...¿cómo tratar con algo que es irracional, que no tiene sentido, que no está sujeto a ninguna ley comprensible, cuyos movimientos no pueden preverse?”⁸⁵.

— Esto es lo que constituye las motivaciones y explicativas de los procesos naturales y sociales. Los seres humanos necesitan comprender el mundo que los rodea, la seguridad y confianza que anhelan —pues nadie desea vivir en medio de la inseguridad, los temores y las desconfianzas— exige apaciguar los temores con respuestas claras y sencillas. De ahí la preferencia por las verdades absoluta que descansan en la idea de un ser divino absoluto y el rechazo a las verdades relativas; pero de ahí también, en un momento dado, de la insatisfacción de los meros datos y el anhelo de

⁸² Correas, Óscar, *Metodología jurídica I*, pp. 201-204.

⁸³ Ob. cit. p. 201.

⁸⁴ Ob. cit p. 202.

⁸⁵ *Ibidem*.

construir teorías. Si esas teorías poseen o no la suficiente fuerza explicativa es otra cosa, basta con que proporcionen seguridad y confianza a la mayoría; tal es el contexto cultural en el que aparecen las principales teorías tradicionales sobre la interpretación de la ley que aquí se analizarán.

Todas las teorías tradicionales y consideradas competentes sobre la interpretación de la ley se caracterizan por esa fuerza persuasiva, que no explicativa, que hacen creer —o que los abogados y juristas quieren creer— en la posibilidad de la obtención de una sola interpretación correcta del sentido del texto legal. “...Si tuviéramos que señalar algún rasgo común de los métodos que en la presente obra se mencionan —escribe uno de los juristas más connotados de Nuevo León, Germán Cisneros Farías, en referencia a su libro de reciente edición sobre la interpretación de la ley—, tendríamos que decir que el rasgo característico se refiere a la pretensión de constituirse en el método de excelencia, en la recta infalible, apta para extraer de la ley a través de un procedimiento estrictamente intelectual, la decisión correcta, cierta, inequívoca”⁸⁶.

Como se dijo, no es objeto en esta exposición hacer un análisis detallado del problema de la interpretación de la ley en la forma como lo hace la citada obra de Cisneros Farías, sino sólo poner de relieve la imposibilidad de la interpretación única, independientemente del método a que se recurra para interpretar la ley. Dado que la interpretación jurídica es esencialmente un problema de «comprensión» del sentido que otorgan los mandatos legales, no de explicación ni de experimentación por la vía de los sentidos como suele creerse —y por tanto es un problema que corresponde al ámbito de la hermenéutica jurídica—, y dado que como se ha venido insistiendo, el lenguaje que es usado en los códigos es un lenguaje natural, abierto, siempre

ha existido y seguirá existiendo el problema de la polisemia, es decir, de los distintos valores semánticos de los signos lingüísticos usados, razón por lo que el «texto» legal como cualquier otro conduce de inmediato al «contexto» para la búsqueda del sentido que otorga el emisor del mensaje —en el caso de las normas jurídicas el legislador—, y otro tanto se podría decir de los receptores del mensaje, se decir, los destinatarios de la norma jurídica, quienes suponiendo que las normas jurídicas hayan sido «bien hechas», siempre existe la posibilidad de que en el proceso sígnico por medio del cual se desentraña el sentido del mensaje se produzcan alteraciones.

Como ha sido estudiado por los lingüistas y los semióticos, el signo lingüístico usado por el legislador para la formulación de normas jurídicas es el elemento esencial del proceso de comunicación para transmitir a alguien un mensaje, una información o un mandato, como en el caso de los mensajes del órgano del Estado productor de leyes, y como tal el signo se integra como parte esencial del proceso sígnico, el cual se integra por los siguientes elementos: fuente—emisor—código—canal—mensaje—destinatario.

El signo en este proceso juega el papel principal, pues no hay mensaje que no se transmita por medio de signos, sean o no lingüísticos, pues como lo refiere Umberto Eco, “...un mensaje puede ser (y casi siempre es) la organización compleja de muchos signos”⁸⁷. Por supuesto, la comunicación entre el emisor y el destinatario, independientemente de la naturaleza de la fuente, exige un código común que se constituye por reglas de formación y construcción que dan significado al signo, con lo que se podría pensar en relación a la producción legislativa que con la elaboración de normas bien hechas se reduciría al mínimo los problemas de interpretación de la ley. Pero

⁸⁶ Cisneros, Fariás, Germán, *La interpretación de la ley*, Ed. Trillas, 2ª. edición, México, 1999, p. 13.

⁸⁷ Eco, Umberto, *Signo* [Tr. Francisco Serra Cantarel], Ed. Labor, 2ª. edición, Barcelona, 1980, 22.

no es así, el problema estriba en el carácter polisémico de los signos lingüísticos. Al igual que los juristas que pretenden encontrar un sólo sentido a único la expresión de la ley o a la voluntad del legislador, los lingüistas y filósofos del lenguaje han invertido vanos esfuerzos en querer encontrar una «univocidad» del signo⁸⁸, con lo que han hecho surgir el mito de la univocidad del signo, así como los juristas han creado y enaltecido el mito de la interpretación única del texto legal. Lo que es prácticamente imposible.

Y tal vez lo es mucho más en el caso de la función que realizan los jueces —aunque ciertamente los positivistas lógicos han logrado reducir la ambivalencia de los signos, pero únicamente en el campo de las ciencias exactas—, donde por lo general la ley los faculta para crear derecho en caso de lagunas de la ley, recurriendo para ello a los principios generales del derecho, la equidad y el Derecho Natural. En la realización de esta hipótesis cada juez interpreta lo que quiere para supuestamente colmar las lagunas de la ley, ya que tanto la equidad como los principios generales del derecho y el Derecho Natural constituyen el lugar privilegiado del imaginario, el espacio donde el imaginario echa sus reales, pues los principios generales del derecho y la equidad, así como el Derecho Natural, son alusivos, alegóricos, simbólicos, por lo que materialmente es imposible que se pueda arribar a concepciones unívocas sobre el significado de cada uno de estos conceptos, y por tanto, las normas que de estos conceptos se derivan en casos semejantes, tampoco pueden ser unívocas. Hasta aquí el tratamiento somero de este problema, y eso sin considerar siquiera la alteración que puede surgir —o que normalmente existe— en los canales de comunicación que transmiten el sentido otorgado a la norma jurídica por el legislador.

⁸⁸ Ob. cit. pp. 159-166.

Volviendo al punto, las teorías modernas sobre la interpretación de la ley surgen a partir del siglo XIX, lo que no quiere decir que antes no las haya habido intentos de sistematización, ya a finales de la vieja Roma se realiza un trabajo integral de sistematización del Derecho Romano. Pero a diferencia de las épocas antiguas, la característica de las teorías modernas sobre la interpretación es que ya no se apela a los poderes mágicos del intérprete, tampoco se persuade a los oráculos para que transmitan el único sentido correcto del precepto, ni se echa mano de los días *fastos*, ni tampoco se recurre a la voluntad divina que revela al intérprete el sentido correcto de sus prescripciones normativas, para que éste las de a conocer a los justiciables. Nada de eso, la interpretación jurídica ya no posee como fuente de justificación los misterios de la divinidad ni la veleidad de los oráculos, siguiendo el camino del desarrollo de la ciencia que arranca del siglo XVII, ahora los intérpretes de las sociedades modernas recurren a la ciencia y al método científico, con lo que de paso sea dicho, también ya se ha hecho del método un mito.

Es así como a nombre de la ciencia y a nombre de la razón, pero también como consecuencia del triunfo de la burguesía —aunque este último factor se ha querido silenciar para dar sólo cabida al desarrollo del espíritu y no al desorden ni a la exaltación iconoclasta de los revolucionarios franceses—, con el Código de Napoleón aparece el *Método exegético*, más conocido como Escuela de la Exégesis. Casi a la par, un poco después, surge la Escuela histórica representada por Savigny, a las que más adelante se le dedicarán unas líneas.

El Código de Napoleón fue promulgado el 29 Ventoso del año XII de la República, que corresponde al 20 de marzo de 1804. Éste tuvo como sus principales formuladores a Jean Portalis, Bigot-Preméneu, Treilhard y

Tronchet; recoge las expectativas ideológicas, políticas y filosóficas de la burguesía en su cruenta lucha por su ascenso al poder; sus redactores se dicen ser “herederos de la noción romana de la libertad de contratación y de propiedad”⁸⁹; desde su aparición, se constituyó en modelo universal de las codificaciones del moderno Estado de derecho, véase que es lo que caracteriza este modelo que aún sigue vigente.

En su fundamentación filosófica iusnaturalista —heredada también de la tradición romana-canónica—, concibe al hombre como fin último del derecho; como algo que objetivamente es así y no puede ser de otra manera. Y el texto de la ley es presentado como la exaltación de la *ratio scripta*, o de los principios absolutos e inquebrantables del Derecho Natural, por lo que el individuo que se aparta de la ley dictada por el legislador humano que siempre actúa con estricto apego al Derecho Natural, por ese sólo hecho se aparta de la razón y del orden social. O lo que es lo mismo, se pretende hacer creer que todo mandato legal, sólo por provenir del legislador que por la *ratio scripta* ley es facultado para crear leyes, cumple cabalmente con el imperativo kantiano de no hacer del ser humano un fin, porque el ser humano es un fin en sí mismo. De ahí que al ser presentado el derecho positivo como el único otero desde donde es posible vislumbrar el horizonte del reino de los fines dignos de ser buscados por el hombre, como diría Kant, con ello no sólo se cancela la posibilidad de crítica a ese derecho, sino que además, de esta manera, se canoniza un saber que aparenta reflejar un sistema de valores y una estructura social indubitable e incuestionable, y para el logro de este propósito que mejor que un método de interpretación que haga apología del texto de la ley, tal es el punto de partida y de llegada de la Escuela de la exégesis.

⁸⁹ Tigar Michael E. y Levy, Madeleine R., *El derecho y el ascenso del capitalismo* [Tr. Nicolás Grab], Ed. Siglo XXI Editores, 2ª. edición, México, 1981, p. 237.

Cisneros Farías, profesor titular de Teoría del derecho en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la universidad Autónoma de Nuevo León, hace una completa exposición de las más importantes opiniones vertidas por algunos juristas sobre el método exegético, las que él asume, no sin hacer sus propias observaciones, como aquí se harán las del sustentante de esta tesis. Para los efectos de esta exposición se hará sólo una breve síntesis de este análisis del Dr. Cisneros Farías sobre la Escuela de la Exégesis, son las siguientes: su exacerbado culto a la letra de la ley, punto de vista de Bonnacase, con lo que por decreto ilusoriamente se cancela la posibilidad de que el juez cree derecho⁹⁰; "...predominio de la intención del legislador sobre el alcance literal de los textos legales en la elaboración del derecho positivo. [...] Doctrina jurídica profundamente estatista"⁹¹. puntos de vista que también corresponden a Bonnacase. "Interpretación dirigida a buscar la intención del legislador, los códigos no dejan nada al arbitrio del intérprete; el cual no tiene por misión hacer el derecho, el derecho está hecho. [...] Se niega el valor a la costumbre; las insuficiencias de la ley se salvan a través de la ley misma, mediante la analogía"⁹², punto de vista que corresponde Antonio Hernández Gil, pues, asegura que "...el derecho positivo lo es todo y todo el derecho positivo está constituido por la ley"⁹³.

Resaltan en estas posturas sobre la Escuela de la Exégesis, citadas por Cisneros Farías, un abierto reproche por la sustitución en el Código de Napoleón y en la precitada doctrina del Derecho Natural por la doctrina del Derecho Estatal, pues ahora, como fruto de la Revolución Francesa, el Estado lo es todo, el derecho se estatiza de manera absoluta, reclama Bonnacase; o

⁹⁰ Cisneros Farías, Germán, p. 130.

⁹¹ *Ibidem*.

⁹² *Ob. cit.* p. 133.

⁹³ *Ibidem*.

bien, al expulsar la costumbre y salvar las insuficiencias de la ley por medio de la analogía, como reprocha Hernández Gil, “el derecho positivo lo es todo” e indefectiblemente queda fuera de su órbita el Derecho Natural. Pero ni el derecho positivo lo es todo ni al menos en los hechos se puede expulsar la costumbre, ni menos el Derecho Natural, aunque por decreto sí se haga, pues al proclamar la Escuela de la Exégesis que las insuficiencias de la ley se pueden colmar mediante la misma ley a través de la analogía, contradictoriamente esta doctrina implícitamente está aceptando factores metajurídicos, esto en virtud de que toda analogía es una extrapolación de valores normativos deducidos en función de uno de ellos tenido como legalmente válido en una norma, y en esa extrapolación, obviamente uno de ellos se contamina por factores extranormativos de naturaleza no jurídica, ya que en la identidad que busca toda analogía tiene que ser asumida por una decisión convencional. No se olvide que en términos lógicos el principio de identidad se enuncia con la fórmula $A = A$, lo que ontológicamente se expresa en el enunciado toda cosa es idéntica así misma. A no ser de que se trate de una analogía de los sistemas lógicos y matemáticos, en donde dado el carácter artificial de sus lenguajes sí es posible reducir a unas cuantas reglas unívocas el uso de los signos. Pero no es este el caso. Con suficiente razón Kelsen sostiene en su diálogo epistolar con Ulrich Klung, el cual será objeto de análisis en el siguiente capítulo, que las decisiones judiciales basadas en la analogía no es deducción, sino producción de derecho. ¡He aquí una de las principales pifias de la Escuela de la Exégesis!

¿Y en cuanto a la supuesta expulsión de la doctrina de la exégesis del Derecho Natural, a que hacen referencia Bonnacase y Hernández Gil? No la hay realmente. Lo único que sucede es que esta doctrina hace uso de la Teoría del Derecho Natural de manera más convenciera, o con fines de legitimación

muy precisos en aras de la protección de los valores supremos de la burguesía, como quedó expuesto en párrafos anteriores, a saber, el derecho de propiedad y de libre comercio. El mismo Código de Napoleón tuvo como inspiración y sustento, según declara el mismo J. Portalis, los principios del Derecho Natural, en su evolución más conspicua del siglo XVI al XIII⁹⁴.

Con todo, los exagetas ven cosas muy distintas y un tanto también algunos de sus críticos, aunque materialmente los supuestos de esta doctrina nunca se hayan realizado y jamás se realicen, pues se llega al absurdo, como acertadamente lo refiere el Dr. Cisneros Farías, de prohibir mediante decreto que el juez se aparte en sus resoluciones judiciales del texto de la ley escrita. Escribe el autor citado que “...el mismo artículo 4º. del código de referencia, los compelia —a los jueces— a una respuesta y en caso contraigo, podían ser acusados como reos de denegación de justicia”⁹⁵. Así es que con el decreto que creó el Código de Napoleón los jueces se vieron inmovilizados, pues “...cualquier intento de interpretación se veía como un acto de sacrilegio a la obra jurídica de los franceses”⁹⁶. A pesar de todo esto, y en esta tesis se coincide con el punto de vista de Cisneros Farías respecto a que el Código de Napoleón tuvo sus bondades, en tanto que posibilitó confianza, debido a la fijeza de sus prescripciones, en tanto que, por otra parte, constituyó el mejor receptáculo para contener y conjuntar usos y costumbres comerciales, hoy institucionalizadas en todo el mundo, que desde el siglo XII se habían venido practicando.

Ahora véase brevemente la Escuela Histórica del Derecho en la cual uno de los fundadores fue Savigny, único autor a que se hará referencia.

⁹⁴ Tigar Michael. P. 215.217.

⁹⁵ Cisneros Farías, Germán, p. 135.

⁹⁶ *Ibidem*

Savigny fue opositor a la Teoría del Derecho Natural, tendencia muy marcada del siglo XIX, sus investigaciones las comienza en su curso de invierno de 1802, pero son publicadas con posterioridad. Nombra al derecho “Ciencia de la legislación”, su enfoque de análisis es histórico filosófico. Para este jurista el derecho es historia y filosofía. Hay algo más. Para Savigny, influido por los grandes sistemas filosóficos de los siglos XVIII y XIX, la filosofía es sistema y no es filosofía, y todavía de manera más radical sostiene que las nociones de sistema y filosofía son una y la misma cosa: “Todo sistema conduce a la filosofía. La exposición de un sistema puramente histórico conduce a una unidad, a un ideal en el que se funda. Y esto es filosofía”⁹⁷. Karl Larenz percibe en los primeros años de Savigny un dejo de iusnaturalismo⁹⁸, y en efecto, sólo hasta las últimas etapas de su vida Savigny adopta posturas más empíricas, al reconocer y otorgar una mayor importancia al derecho consuetudinario.

Savigny establece una distinción entre la doctrina filosófica del derecho, o sea el Derecho Natural, y el elemento filosófico o sistemático de la ciencia positiva del derecho, con este elemento filosófico del derecho, distinto a las presuposiciones iusnaturalistas, pretende dotar de sistematicidad y consistencia a la ciencia jurídica; su postura antiusnaturalista lo lleva a sostener que el derecho no necesita de la filosofía, concebida ésta por él como tratamiento del Derecho Natural.

Savigny busca por todos los medios que la ciencia jurídica se asemeje a la filosofía en cuanto idea de sistema, pero sin recurrir para ello a disquisiciones iusnaturalistas, por cierto nada particular en este pensador, ya

⁹⁷ Larenz, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho* [Tr. Marcelino Rodríguez Molinero], Ed. Ariel, 2ª edición, Barcelona-Caracas, México, 1969, p. 32.

⁹⁸ *Ibidem*.

que el siglo XIX es el siglo del antijusnaturalismo. Toda vez que el fenómeno jurídico ocurre en el tiempo y en un lugar determinado, el derecho como historia, o como forma de conocimiento histórica —sostiene el más grande jurista del siglo XIX— debe estar vinculado a la historia del Estado y a la historia del los pueblos.

En cuanto a la interpretación de la ley Savigny percibe y distingue “...una elaboración interpretativa del Derecho, otra histórica y otra filosófica (sistemática)”⁹⁹, a partir de una postura meramente descriptivista, no constitutiva, y con una tendencia hacia el reduccionismo y hacia a la apología de la ley escrita, sostiene que la interpretación de la ley tiene como objeto “la reconstrucción de la idea expresada en la ley, en cuanto es cognoscible a partir de la ley”¹⁰⁰. Para lograr tal postura recomienda que el intérprete de la ley debe actuar como si fuera legislador, sin serlo, o en palabras más coloquiales, debe ponerse en los zapatos del legislador para que de manera artificial dejar surgir el veredicto. Refiere además que la interpretación consta de tres elementos: “...el lógico, el gramatical y el histórico”¹⁰¹.

Pero además, sostiene Savigny, “...poder saber la idea de la ley se exige tomase en consideración el contexto que rodeo las circunstancias históricas de la génesis de la ley”¹⁰². La interpretación de la ley, según Savigny, debe considerar en profundidad los aspectos gramaticales o pasajes particulares de un texto legal, pero a su vez estos aspectos aislados sólo adquieren sentido en relación con la visión de conjunto, ya que “la legislación sólo expresa un todo”¹⁰³. Pero “...el todo del derecho sólo es visible en el

⁹⁹ Ob. cit. p. 32.

¹⁰⁰ *Ibidem*.

¹⁰¹ *Ibidem*.

¹⁰² *Ibidem*.

¹⁰³ *Ibidem*.

sistema. Por tanto en toda interpretación de una ley se manifestarían ya no tanto el elemento histórico como el sistemático.

En cuanto a la valoración de las aportaciones de Savigny a la interpretación de la ley, resulta relevante su doctrina histórica no sólo por su aparición casi simultánea con la Escuela de la Exégesis y su oposición también a esta doctrina de la interpretación nacida en el seno del poder napoleónico, sino porque ante la apología al texto de la ley de los exégetas, este jurista introduce en el problema de la interpretación dos elementos importantes, además del histórico, a saber, el lógico y el sistemático, con lo que de alguna manera ya no se recurre a la mera visión gramatical de los textos legales.

Es así como desde principios del siglo XIX la idea de sistema, como visión de conjunto del todo y como factor que posibilita otorgar coherencia y validez a los elementos que lo integran, lo que excluye las visiones reduccionistas que privilegian a uno de esos elementos, aparece ya como una herramienta para la interpretación y argumentación jurídica; lo mismo se puede decir de la deducibilidad lógica, indispensable para la coherencia del sistema.

Con todo y que Savigny abre las puertas a la historia, a lógicas y a la idea de sistema, para la interpretación de la ley, no va más allá, pues a pesar de los considerables avances que significa todo esto, sigue viendo en la ley la categoría fundamental para el conocimiento de la ley.

Es decir, para este pensador el derecho sólo se conoce a través del derecho, de lo que se deriva que la constitutividad cognitiva no tiene cabida, sólo la descripción. Por tanto, para el principal fundador del método histórico, las resoluciones judiciales que emiten los jueces poseen un carácter meramente descriptivo, no constitutivo.



5
UANL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN



DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

CAPÍTULO QUINTO
LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY EN KELSEN
COMO CATEGORÍA DE LA MEDIACIÓN
ENTRE FACTICIDAD Y VALIDEZ

SUMARIO: 1. EL DERECHO Y EL PROBLEMA DE SU MEDIACIÓN CON LA REALIDAD. 2. LA NOCIÓN DE CATEGORÍA Y LA DUDA SOBRE LA CONSISTENCIA DEL SISTEMA KELSENIANO. 3. LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY EN KELSEN. 3.1. DETERMINACIÓN ABSOLUTA Y RELATIVA. LA INDETERMINACIÓN VOLUNTARIA E INVOLUNTARIA. 3.2. LAS DECISIONES JUDICIALES Y LA LÓGICA JURÍDICA. 3.3. LA IMPOSIBILIDAD DE LA INTERPRETACIÓN ÚNICA. 3.4. NORMAS JURÍDICAS Y NORMAS POLÍTICAS. 3.5. LA INTERPRETACIÓN CIENTÍFICA DEL DERECHO Y LA QUE REALIZAN LOS ÓRGANOS DE APLICACIÓN DEL DERECHO. 3.6. FACTICIDAD Y VALIDEZ. 3.7. FACTICIDAD, EFICACIA Y LEGITIMIDAD. 3.8. LA CATEGORÍA DE LA MEDIACIÓN ENTRE FACTICIDAD Y VALIDEZ. 3.9. LOS ESTUDIOS DE SOCIOLOGÍA JURÍDICA SOBRE LAS DECISIONES JUDICIALES.

1. EL DERECHO Y EL PROBLEMA DE SU MEDIACIÓN CON LA REALIDAD. El problema de la mediación del derecho con la realidad que en Kelsen se resuelve a través de su *Teoría de la interpretación de la ley*, esto es algo que de diferentes formas se ha venido sosteniendo en el desarrollo de esta tesis; a ello ahora hay que añadir que su *Teoría de la interpretación* no constituye una teoría aislada, sino que es ésta parte del sistema kelseniano.

Es este un problema de frontera. Un terreno por demás escabroso en el que asechan serios problemas epistemológicos, donde incuestionablemente se corre el riesgo de transgredir el ámbito disciplinario; tal es la razón por la que

Kelsen, desde los *Problemas capitales*, inicia su aventura intelectual poniendo en el centro de sus disquisiciones el planteamiento «metodológico» del derecho, lo que jamás abandonó durante su vida, sin que por ello haya podido lograr despejar todos los problemas que involucran su concepción estática y dinámica del derecho. Tan no es así, que, dentro de su concepción dinámica del derecho, el tema de la interpretación, al cual puede referirsele como inconcluso, lo abordó hasta los años de la década de 1930. Y sigue siendo éste uno de los temas menos explorados.

Pues bien, aquí no se analizarán en detalle los referidos problemas de frontera. No se incursionará en un análisis exhaustivo de este tipo de problemas que tiene que ver, entre otras disciplinas, con la esfera de lo imaginario que en el capítulo anterior se abordó. Para los fines de esta tesis ahora, en este capítulo, se analizará en este apartado a manera de preámbulo la manera como algunos investigadores han percibido la mediación entre derecho y facticidad en Kelsen; esto por una parte, y por la otra, se analizará en detalle la *Teoría de la interpretación* propuesta por Kelsen.

En el punto tres, sobre todo de los apartados 3.5 al 3.8., se hace un análisis acerca de los detractores de Kelsen que ven en su sistema algo así como completamente refractario e impenetrable a los elementos extrajurídicos, estudios en los cuales se omite las referencias a la política jurídica inmersa en el sistema kelseniano, lo que es tratado por Kelsen, entre otros de sus escritos, en su teoría de la interpretación de la ley.

Como se reafirmará en el referido punto tres, es en el proceso de interpretación del derecho que realizan los órganos jurídicos donde se establece el sentido que se otorga a la norma que se aplica a un caso concreto, y toda vez que ninguna norma jurídica posee un carácter de determinación absoluta por el derecho para su debida aplicación o ejecución; ya sea porque

de manera intencional así lo dispuso el legislador, o bien porque de manera no intencional aparecen ambigüedades y vaguedades del lenguaje —o por cualquier otra razón—, es en este proceso donde, para otorgar el sentido a la norma que se ha de aplicar al caso concreto que se presenta al juez, necesariamente se tiene que producir una confluencia de «juicios de valor» y «juicios de hecho». Por eso la interpretación de la ley es planteada por Kelsen como un problema de la política jurídica, no de la ciencia jurídica; por tanto la teoría de la interpretación de la ley aparece como una regla de conocimiento, o como una de las principales categorías del conocimiento del sistema kelseniano.

Para entrar en materia sobre las disciplinas lindantes con la ciencia jurídica, desde la perspectiva de la teoría del discurso de Jürgen Habermas es innegable que las normas jurídicas posibilitan a sus destinatarios producir interpretaciones que conllevan, según este autor, a substituir la razón práctica por la razón comunicativa, con lo que incuestionablemente se generan formas de vida y de racionalización¹. Ello no obstante que como ha quedado expuesto, desde el punto de vista de Kelsen el sentido deóntico proyecta a las normas jurídicas sólo como mandamientos, permisiones, autorizaciones —lo que por supuesto esto no corresponde al punto de vista de Habermas—, pero no, desde este punto de vista exclusivo de la ciencia jurídica, las normas jurídicas se proyectan ante los individuos como información instructiva e informativa.

¹ Tesis de Habermas sobre la cual en esta tesis sólo se hará referencia en los aspectos que este autor asume su postura frente a la *Teoría pura del derecho*. (Habermas, Jürgen, *Facticidad, y validez, sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso* [Tr. Manuel Jiménez Redondo], Ed. Trotta, Col. Estructuras y Procesos, Madrid, 1998).

Vistas las cosas de esta manera, indudablemente que el derecho —sin entender por esta expresión la ciencia jurídica — aparece como categoría de la mediación entre facticidad y validez; pero este interesante enfoque de análisis habermasiano que a partir de la teoría sistémica del derecho Luhmann concibe el derecho como «autocomprensión» normativa, y por tanto como un fenómeno comunicacional en el cual los hombres interactúan como sujetos libres por someterse sólo a las leyes que ellos han creado —muy en el sentido kelseniano percibido en este aspecto por Habermas, por cierto—, es tan sólo un punto de vista del problema que en parte no se soslaya en esta tesis; pero del cual Kelsen no se ocupó, aunque reconocido o no es su concepción del derecho como sistema normativo lo que con posterioridad ha posibilitado los análisis del derecho como discurso, como el desarrollado por Habermas. La otra parte del problema que sí aborda Kelsen, tiene que ver con la construcción de la verdad jurídica a través de la *Teoría de la interpretación de la ley*, que es parte del tema central de esta tesis, algo sobre lo que como también se demostrará más adelante en este mismo capítulo, Habermas no interpreta correctamente a Kelsen.

En el mismo sentido, pero más desde un punto de vista filosófico-sociológico planteado por Gregorio Peces-Barba en su *Introducción a la filosofía del derecho* —también lindante con la ciencia del derecho—, se podría sostener la tesis de que la categoría de la mediación entre facticidad y validez en la *Teoría pura del derecho* lo constituye la norma fundante básica, con la cual para muchos se cierra el sistema kelseniano desde arriba.

Más o menos de esta manera plantea el problema Gregorio Peces-Barba. Sostiene que detrás de la norma fundante básica se encuentran los factores reales de poder que Kelsen se niega a darles cabida dentro de su sistema. En esta manera particular de ver el problema el mayor punto de

confluencia entre facticidad y validez en Kelsen aparece en la norma fundante básica. “En realidad —sostiene Peces-Barba— lo que Kelsen denomina norma fundante básica es el poder, es decir, un hecho de fuerza exterior del Derecho y que lo fundamenta, puesto que la misión principal del poder soberano —del Estado— es organizar la convivencia social a través del Derecho².”

Sin que lo diga expresamente el autor citado, la norma fundamental aparece en esta apreciación categoría principal de la mediación entre facticidad y validez. Este autor así la concibe concretamente al referirse al planteamiento que hace Kelsen sobre la relación legitimidad-efectividad. Es decir, cuando se refiere a los casos —ciertamente extraordinarias aunque no tan esporádicos— en que una constitución no es modificada por las formas establecidas *ex profeso* en la misma constitución, sino que en vez de los mecanismos formales es remplazada por medio de una revolución. O lo que es lo mismo, por medio de un hecho de mera fuerza con el que se rompe con la legitimidad legalmente establecida, hecho que hay que decirlo con énfasis, anticipándose a lo que se expone en esta tesis en el inciso g del apartado 3 de este capítulo, es plenamente reconocido por el jefe de la Escuela de Viena como un hecho productor de derecho.

Pero no obstante lo sugestivo que parece ser este punto de vista, en esta tesis se concibe de distinta manera la solución kelseniana al problema de la relación entre facticidad y validez. Sin desconocer que detrás de la norma fundante básica se encuentren los factores reales de poder que en un determinado momento determinan el contenido de las normas jurídicas, y sin desconocer tampoco que la Grundnorm constituye una regla de conocimiento dentro del sistema kelseniano, en esta tesis se sostiene un punto de vista

² Gregorio Peces-Barba en *Introducción a la filosofía del derecho*, p. 42 y ss. El problema es planteado por este autor en términos de relación derecho y poder.

distinto. Como producto del análisis de conjunto del pensamiento kelseniano, no es admisible la tesis de que la norma fundante básica no constituye una categoría principal de conocimiento en el sistema de Kelsen, sino sólo una regla epistemológica a través de la cual se resuelve el problema de la validez metajurídica, la que como tal participa en la construcción de la verdad jurídica, pues como se ha insistido en abundancia, para este pensador los juicios de valor no tienen cabida en la ciencia, por lo que la Grundnorm aparece más bien como una estratagema convencional espacio-singularmente sobre el valor presupuesto «singular» que posibilita decidir acerca del contenido de valor —o de los valores— presupuestos en el pensamiento político de una determinada sociedad, lo que a su vez proporcionan validez a las normas integrantes del sistema jurídico.

Sobre el particular Kelsen no deja ninguna duda. Y es a partir de la ya aludida proscripción de los juicios de valor del ámbito de la ciencia —o de la barrera de carácter metodológico impuesta entre juicios de valor y juicios de hecho—, y específicamente a partir también de la diferenciación entre los «fines» que se consideran «medios» para un «fin posterior» y los «fines últimos» (o valores constituidos por una norma básica, o sea por un valor supremo), como el creador de la *Teoría pura del derecho* deja claro que a la ciencia no le corresponde presuponer la validez de una norma básica porque eso corresponde al ámbito de la política jurídica.

A la ciencia le corresponde única y exclusivamente, en términos del fundador de la *Teoría pura del derecho*, determinar cuáles son los medios para alcanzar el «fin último», el cual es definido en todo caso en el campo de la política jurídica y por la política jurídica; pero no determinar cuál es ese fin último. No se olvide que para Kelsen es una petición de principios que la

ciencia no deba presuponer la validez de una norma básica³; sino sólo servir de medio para el logro de la realización de ésta.

La exposición que argumenta a favor de que en el sistema kelseniano la interpretación de la ley aparece como categoría de la mediación entre facticidad y validez, que se ha venido haciendo en los anteriores capítulos y que ahora, en este capítulo se concluirá y se reforzará, precisa de un previo y exhaustivo análisis sobre los aspectos racionales e irracionales que normalmente aparecen en el «derecho», no concebida esta entrecomillada expresión como «ciencia del derecho»; ahora bien, ya habiendo quedado hecho ese análisis, en el que algunos de los problemas de lo imaginario y lo simbólico relacionados con la juridicidad se les otorgó la debida relevancia, en el siguiente punto, como preámbulo al también análisis de la *Teoría de la interpretación de la ley* propuesta por Kelsen y de proseguir con la argumentación a favor de que esta teoría —la cual es parte integrante de la Teoría General del Derecho de Kelsen— constituye la categoría de la mediación entre facticidad y validez, se revisará brevemente la noción de categoría, haciendo énfasis en Kant.

2. LA NOCIÓN DE CATEGORÍA Y LA DUDA SOBRE LA CONSISTENCIA DEL SISTEMA KELSENIANO. Con la noción de categoría en el sistema kantiano, con cual se rompe con el tradicionalismo clásico de Platón, Aristóteles y del nominalismo medieval, se hace referencia a las determinaciones del ser; pero para este filósofo las categorías ya no son cualidades de las cosas, como lo fueron para sus predecesores, sino los modos o formas por medio de los cuales se expresa la actividad del conocimiento humano. Ello en razón de que para

³ Kelsen, Hans, *Ciencia y política*, pp. 258-259.

Kant el conocimiento sólo es posible con la participación de la activa del sujeto cognoscente, por tanto, a diferencia de los anteriores sistemas filosóficos, las categorías son puestas por el entendimiento y no por las cosas.

En palabras del propio Kant, “...las categorías no son más que formas del pensamiento, que no contienen más que la facultad lógica en una conciencia *a priori* de lo múltiplemente dado en la intuición⁴”, y la función de estos «modos» es ordenar las distintas representaciones del entendimiento bajo una representación común⁵, con el propósito de calificar su valor veritativo, por lo que, escribe Kant, las categorías no son otra cosa más que las formas (o clases) del juicio sacadas de la lógica formal.

El número de estas formas *a priori* derivadas del entendimiento son doce, y atendiendo a las formas del juicio se clasifican en cuatro grupos⁶: 1) de cantidad: unidad, pluralidad, totalidad; 2) de cualidad: realidad, negación, limitación; 3) de relación: sustancia y accidente, causalidad y dependencia (o causa y efecto), acción recíproca; 4) de modalidad: posibilidad-imposibilidad, existencia no-existencia, necesidad y contingencia.

Estas nociones primarias del entendimiento puro, llamadas categorías, en el sistema filosófico kantiano condicionan la totalidad del conocimiento intelectual y a la misma experiencia, por esta razón constituyen la condición de la validez objetiva del conocimiento; sin embargo, toda vez que en Kant se establece una escisión entre el mundo de la naturaleza y el mundo de la cultura o de la sociedad —misma que Kelsen hace suya para la base de la construcción de su Teoría Pura del Derecho—, y que además para este filósofo

⁴ Kant, Emmanuel, *Crítica de la razón pura* (Tr. Manuel García Morente y Manuel Fernández Núñez), Ed. Porrúa, México, 1987, p. 148.

⁵ Ob. cit. P.65.

⁶ Ob. cit., pp. 66 y ss.

resulta imposible que el conocimiento pueda cerrar el universo del saber, los límites de dicho saber sólo llega a los «fenómenos», es decir, los objetos de la intuición sensible, pero no a la cosa en sí o «noumeno», es decir, el objeto del conocimiento intelectual «puro», por lo que las categorías no son aplicables a los noumenos, sólo a los fenómenos⁷.

Con la muerte de Kant aparecen nuevos sistemas filosóficos y con ellos también nuevas acepciones de la noción de categoría, la idea que prevalece, siguiendo el pensamiento kantiano, es la de categoría como determinación del ser. Esto es, la de la participación del sujeto cognoscente en la producción de las categorías, y no ya la concepción de la noción de categorías como descubrimiento del entendimiento. Por ejemplo, para G. F. Hegel la noción de categoría es también determinación del ser, lo que en este filósofo es determinación del pensamiento que se logra por medio de las categorías, pues para Hegel lo «real» es «racional» y lo racional es real, o sea que existe en este sistema filosófico una identidad entre realidad y razón.

Otros filósofos, también después de la muerte de Kant, centran su discusión tan sólo en el número de categorías aceptables de las definidas por el autor de la *Crítica de la razón pura*; en tanto que otros intentan dar un paso más allá del autor de Kant. Tal es el caso de H. Cohen, uno de los fundadores de la escuela de Marburgo con suma influencia a principios del siglo XX, para quien la categoría fundamental del conocimiento humano es la idea de «sistema»; según sostiene Cohen, la unidad del objeto sobre el cual se funda la unidad de la materia es la unidad sistemática. Como se verá en este mismo capítulo, esta es también la base de la construcción de la Escuela Histórica del Derecho de principios del siglo XIX, mucho antes que Cohen.

⁷ Ob. cit. pp. 148.149 y ss.

Hasta aquí la revisión de la noción de categoría. En lo que respecta a Kelsen, siendo éste en sus primeras investigaciones uno de los principales seguidores de la Escuela de Marburgo, la categoría de sistema asumida originalmente por H. Cohen juega en la *Teoría pura del derecho* y en la *Teoría pura del Estado* un importante papel; es decir, tanto el concepto de derecho como el concepto de Estado tienen en Kelsen la categoría de sistema una de las más importantes para su comprensión cognitiva.

El orden jurídico es para este jurista primero que cualquier otra cosa un sistema de normas y el Estado un orden jurídico; de ahí su preocupación por destruir —como él mismo lo repite durante su larga carrera intelectual— las antinomias de la ciencia jurídica precedente entre derecho público y derecho privado, derecho objetivo y derecho subjetivo, acto de creación y acto de aplicación del derecho, norma jurídica y sujeto de derecho, etcétera, pues tales antinomias atentan contra la categoría de sistema, y por tanto contra la posibilidad cognitiva de los conceptos de derecho y de Estado concebidos como unidades de un sistema indestructible. Por eso, tales antinomias, son reconocidas por Kelsen tan sólo como diferencias de contenido inmersos en un sistema cuya unidad es indestructible, algo sobre lo que mucho insiste en varias partes de toda su obra realizada en por lo menos sesenta años de vida intelectual.

Ahora bien, en lo que respecta a su *Teoría de la interpretación de la ley*, que como se podrá apreciar con la lectura del anterior capítulo, rompe con los mitos y misterios inmersos en las ideas de derecho de las distintas culturas y etapas históricas y con las actuales tradicionales doctrinas sobre la interpretación, debe quedar claro que Kelsen en ninguna parte se refiere a ésta como la categoría de la medición entre facticidad y validez; tal enunciado, formulado por el sustentante de esta tesis, constituye la hipótesis central de

esta investigación, punto de vista que indudablemente se deriva de la lectura de conjunto del pensamiento jurídico y político kelseniano.

Que otros investigadores no hayan llegado a la misma conclusión, tal vez ello se deba a que el pensamiento jurídico de Kelsen es visto, por lo general, desvinculado del conjunto de toda su obra, y en particular de su concepción de teoría política-jurídica.

¿Pero entonces, se podría argumentar y con suficiente razón, siendo que la *Teoría de la interpretación de la ley* de Kelsen nada tiene que ver con el ámbito de la ciencia jurídica sino con el de la política jurídica, es decir con el *Sein*, puesto que ésta involucra juicios de valor y la ciencia jurídica —como cualquier otra ciencia según la perspectiva kelseniana— se refiere sólo a juicios de hecho y proscribire los juicios de valor, esto quiere decir que la categoría de mediación entre facticidad y validez en Kelsen, a saber, su *Teoría de la interpretación de la ley*, está fuera del sistema de la ciencia jurídica kelseniana, es decir, la *Teoría pura del derecho*?

Pareciera ser que por razones políticas, como dijera Óscar Correas, refiriéndose a lo que él llama lamentable confusión del pensamiento kelseniano con el de un apologista del Estado burgués⁸, el propio Kelsen decidió construir y desarrollar una *Teoría pura del derecho* por ser ésta la mejor estrategia política para oponerse "...a la arraigada costumbre de defender exigencias políticas a nombre de la ciencia del derecho, invocando, pues, una instancia objetiva, exigencias políticas que sólo poseen un carácter supremamente subjetivo aun cuando, con la mejor fe, aparezcan como el ideal de una religión, una nación o una clase"⁹. Mas esta es sólo una estrategia para

⁸ *El otro Kelsen*, pp. 27-28.

⁹ Kelsen, Hans, prólogo de la primera edición de la *Teoría pura del derecho*. Parte de esta cita la hace Óscar Correas para argumentar que las violentas oposiciones a la *Teoría pura*, "lindantes con el odio" (el

la cual, como se expuso anteriormente en el capítulo segundo, Kelsen echa mano del recurso de la pureza del método; pero como ha quedado expuesto, definitivamente la *Teoría de la interpretación de la ley* de Kelsen es, parte también de la Teoría General del Derecho desarrollada por este jurista. Es decir, es parte del sistema kelseniano.

Correas interpreta de manera correcta la postura de Kelsen: “La razón para fundar una ciencia pura del derecho no consiste en justificar todo poder, sino en lo contrario: despojar de toda justificación “científica” a cualquier poder”¹⁰. Es válido añadir a esta interesante lectura de Kelsen, hecha por el citado jurista argentino-mexicano, que el fundador de la Escuela de Viena así quiso exponer su *Teoría pura*, aparentemente dejando fuera de su sistema la *Teoría sobre la interpretación de la ley*, porque es esta la posibilidad más viable para seguir en la ciencia del derecho el mismo camino que se ha seguido en las ciencias causales y teleológicas, es saber: la sustitución de la búsqueda de las «sustancias» de las cosas por la idea de «función». Lo que en la ciencia del derecho desarrollada por Kelsen se equipara a la sustitución de la idea de una «validez» que se deriva de «sustancias» o «esencias de principios jurídicos apriorísticos que fundamentan el orden jurídico positivo, lo que aún buscan incansablemente quienes se inscriben en posturas iusnaturalistas, por la idea de una «validez» presupuesta en una norma fundante básica.

También pareciera ser que con la anterior argumentación se concede razón a los detractores del fundador de la Escuela de Viena que a menudo

entrecorillado es de Kelsen), no tienen nada que ver con la propuesta metodológica de Kelsen sobre el *status* de la ciencia jurídica, sino con la relación de la ciencia con la política, lo que también hace referencia textual el autor citado en este prólogo.

¹⁰ *El otro Kelsen*, p. 28.

encuentran inconsistencias en el sistema de kelseniano; pero el trabajo de Correas que aquí se ha venido citando, tal vez sin proponérselo porque en él no se hace referencia al problema de la interpretación de la ley ni al de la política jurídica en los términos que en esta tesis sí se hace, arroja suficientes elementos para encontrar una respuesta que favorece a la solidez de dicho sistema.

En efecto, para Correas no puede llamarse pura una teoría como la de Kelsen que paradójicamente se caracteriza por ser una densa filosofía política y una profunda reflexión acerca del derecho y el poder, por una parte, y por la otra, eso sí, un serio intento metodológico que conlleva a ordenar la jurisprudencia como ciencia normativa, la cual es constreñida a la descripción del derecho positivo. De ahí que “...lo que resulta «pura» —dice Correas— es la ciencia, no la teoría en que la funda. [...] Como no podía, por lo demás, ser de otra forma: la fundación de una ciencia no puede ser «científica»: es siempre filosófica”¹¹.

Más adelante el citado autor reafirma su postura de que su propósito es explorar —en *El otro Kelsen*— la filosofía política que funda la ciencia pura del derecho, de la que el profesor vienés nunca se ocupó; no debe leerse en términos textuales tal aseveración, lo que realmente quiere decir Correas es que Kelsen no se ocupó lo suficiente de la ciencia del derecho como sí se ocupó de la filosofía política que funda esa ciencia del derecho. Algo que por demás el propio Kelsen así lo reconoce en el prólogo de la segunda edición de la *Teoría pura del derecho*, 1960, al señalar que “...tampoco esta segunda edición [...] ha de ser considerada como una exposición de resultados definitivos, sino como una empresa que ha menester de ser llevada adelante,

¹¹ *El otro Kelsen, Ibidem.*

mediante complementos y otras mejoras. [...] Por otros, que no por su autor, que se encuentra ya al fin de su vida”¹².

Con esta apreciación cabe concebir la categoría de la mediación entre facticidad y validez en el sistema kelseniano, es decir, la *Teoría de la interpretación de la ley*, como parte fundamental del sistema kelseniano. Y más aún si, como se verá en el sexto capítulo relativo al análisis de las nociones de la *quaestio facti* y la *quaestio iuris*, en Kelsen la interpretación de la ley no es algo que sólo atañe a la política jurídica —como hasta aquí se ha venido viendo—, sino que por ser la *Teoría de la interpretación de la ley* una categoría de conocimiento en la que confluyen tanto los juicios de valor como presupuestos de carácter epistemológicos, indudablemente que ésta tiene que ver también con la ciencia jurídica y no sólo con la política jurídica.

3. LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY EN KELSEN. Teniendo como objetivo el análisis en detalle la *Teoría de la interpretación de la ley* propuesta por Kelsen, en este apartado se retornará la argumentación a favor de la hipótesis principal de esta tesis. Pero no sin antes señalar los aspectos más relevantes de una de las principales críticas dirigidas contra la *Teoría de la interpretación kelseniana*, la de Mario G. Losano, expuesta en su interesante obra *Teoría pura del derecho, evolución y puntos críticos*, obra que se ha venido citando en esta tesis. En puntos subsecuentes de este mismo capítulo se analizará, de manera análoga, la crítica a Kelsen formulada por Habermas.

Una teoría del derecho cualquiera, siempre y cuando tenga como propósito no soslayar la realidad, necesariamente tiene que hacer uso tanto de un lenguaje descriptivo como prescriptivo. Y esto es lo que Kelsen hace en la

¹² *Teoría pura*, p. 13.

Teoría pura del derecho, pero para los juristas que pretenden encontrar en la aludida obra sólo un lenguaje descriptivo, como condición *sine que non* de esa pureza, la aparición del lenguaje prescriptivo en la *Teoría pura* resulta ser una incongruencia del sistema kelseniano. En esta línea se inscribe el jurista italiano Mario G. Losano. Este autor, olvidando que antes había dicho que “...hoy nadie duda en afirmar que para Kelsen, la ciencia del derecho tiene como objeto exclusivamente la forma del derecho (es decir, ‘el deber ser’, el Sollen); pero hoy, en cambio, nadie afirmaría que para Kelsen la realidad es pura forma, es decir, Sollen, sin la mínima influencia de la realidad, del Sein”¹³, a lo que añade para dar más fuerza a esta aseveración que “...muy a menudo KELSEN repitió que la suya es una ‘teoría pura del derecho’ y no una ‘teoría del derecho puro’”¹⁴, paradójicamente, no obstante esta aseveración preliminar Losano de inmediato olvida, al igual que los iusnaturalistas sostiene después dice en la misma obra citada que “...la *Teoría pura del derecho* no alcanza su postulado fundamental de pureza, es decir, que no siempre respeta el postulado de la descripción de la ciencia jurídica”¹⁵.

El punto de vista que se sostiene en esta tesis es distinto, la teoría pura del derecho nunca “...faltó a su deber de dedicarse exclusivamente a la descripción, considerada por ella esencial para toda teoría jurídica que quiera presentarse como ciencia”¹⁶”, como lo asegura Losano. Primero porque si bien es cierto que Kelsen establece como requisito esencial para la constitución de una ciencia del derecho autónoma la necesidad de la prevalencia de un lenguaje descriptivo, ello no implica, de ninguna manera, la proscripción de la

¹³ Losano G, Mario, *teoría pura del derecho, evolución y puntos cruciales*, p. 3.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ Ob. cit. p. 111.

¹⁶ Ob. cit. pp. 111-112.

Teoría pura del derecho del uso del lenguaje prescriptivo. ¿Cómo podría Kelsen proscribir de su *Teoría pura*, en términos absolutos, el uso del lenguaje prescriptivo si, su concepción de la ciencia del derecho es la de una ciencia normativa? Y segundo porque, como ha quedado asentado en capítulos precedentes, la diferenciación que establece Kelsen entre juicios de valor y juicios de hecho —para retornar al tema del apartado seis y a la vez reforzar la comprobación de las hipótesis 5, 6, 7, 8 y 9—, es parte del proceso de la abstracción dirigido bajo criterios de una pureza metodológica que conlleva a Kelsen a construir la ciencia jurídica como una ciencia normativa (Cfr. pág. 8). Pero esta distinción y escisión meramente metodológica —como también se ha visto— sólo involucra la posibilidad, por una parte, de establecer una línea de demarcación de carácter metodológico entre la *quaestio facti* y la *quaestio iuri*, y por la otra, establecer, para la descripción de los órdenes normativos de la interacción humana un principio ordenador distinto al de las ciencias de la causalidad, en cual es denominado por Kelsen *principio de imputación-atribución*, expuesto en el capítulo tercero.

Ahora bien, resolver a partir de la concepción normativista-constructivista de la ciencia jurídica kelseniana cómo se establecen las formas de implicación y relación de la *quaestio iuris* y la *quaestio facti*, y cómo se resuelven, ello a partir de la eliminación de todo elemento que le sea extraño al derecho, es algo que corresponde a la ciencia jurídica; en tanto que resolver el problema de la mediación entre facticidad y validez, donde indudablemente confluyen y se involucran juicios de valor y juicios de hecho, es, según se deduce de una lectura integral de Kelsen, algo que corresponde a la política jurídica. No a la ciencia jurídica. Concretamente eso corresponde a la *Teoría de la interpretación de la ley*, cuyo tratamiento no soslaya Kelsen en su *Teoría pura del derecho*.

Ciertamente, y tal vez el mismo Kelsen hoy lo reconocería, este es uno de los puntos más débiles y vulnerables de su sistema; pero no por las supuestas incongruencias que se le atribuyen relacionadas a factores metajurídicos, los cuales, como se ha venido insistiendo, el fundador de la Escuela de Viena nunca les dio la espalda, sino porque el tema de la interpretación de la ley es uno de los menos desarrollado del sistema kelseniano, y a la vez el más ignorado tanto por detractores de Kelsen como por sus apologistas. Tan es así que, como se verá más adelante, al plantear Kelsen la diferencia entre lo que es la interpretación científica del derecho y la interpretación que realizan los órganos jurídicos de ampliación del derecho, sólo deja abierta la posibilidad de que la conjunción e implicación de los juicios de valor y los juicios de hecho que se produce en al acto o proceso de interpretación de la ley, puedan tratarse de manera científica, lo que hasta ahora no ha sido objeto de posteriores investigaciones por los seguidores de Kelsen. Pero, además, ¡qué bueno que se habla de inconsistencias del sistema kelseniano! Esto prueba que la *Teoría pura del derecho* pasó al siglo XXI como el más importante paradigma de la ciencia jurídica; pues si en materia de ciencia no se hablara de errores y anomalías, refutaciones e inconsistencias, sino sólo de verdades exactas y absolutas, indiscutiblemente no se estaría hablando de ciencia jurídica, sino en todo caso de teología.

Habrá que pasar al siguiente punto la disección de María G. Lozano sobre la obra de Kelsen, afortunadamente no hecha en el cadáver de una teoría muerta. Esto Lozano mismo lo reconoce, y sus investigaciones arrojan cosas tan interesantes, que en esta tesis resulta difícil decidir tener que dejar su análisis más amplio y profundo para otra mejor ocasión.

3.1. DETERMINACIÓN ABSOLUTA Y RELATIVA. LA INDETERMINACIÓN VOLUNTARIA E INVOLUNTARIA.- Existe una enorme distancia entre la creencia en la determinación absoluta de los mandatos divinos, como los Mandamientos de la Ley de Dios, dados a conocer por la persona de Moisés en el monte Sinaí, con respecto a la forma de determinación relativa de los mandamientos normativos que objetivamente sólo es posible construir y formular jurídicamente a los legisladores humanos. No obstante, dado los deseos y sentimientos de temor que caracteriza a los seres humanos, muchos de los mortales sólo sienten seguridad y confianza al amparo explicaciones basadas en el absolutismo filosófico y el absolutismo político. A lo que se refiere Kelsen en *Absolutismo y relativismo en filosofía y política*, que en esta exposición se ha venido citando.

De ahí que sin ponderar siquiera los problemas que encierra la variedad de usos del lenguaje natural, del que también hace uso el derecho, y en sí, sin considerar los problemas de la comunicación humana en cuanto a interferencias de los canales, además de los problemas relacionados a la polivalencia de los signos lingüísticos, entre muchos otros, no pocos creen en la posibilidad de poder dotar a las disposiciones normativas creadas por el legislador humano de contenidos imperativos absolutos, en cuanto a la relación de obligación jurídica que una norma de jerarquía superior establece con respecto a otra norma inferior perteneciente al mismo sistema. Por lo que podría decirse, jugando con las palabras, que el establecimiento del sentido a una norma, considerada ésta de manera aislada, al margen del sistema normativo al que pertenece, carece de sentido.

Se explicará lo anterior de otra manera: la búsqueda del sentido de una norma jurídica cualquiera para aplicarla a un caso concreto planteado a un juez, quien tiene como función propia la de interpretación y aplicación de la

ley, es algo que tiene que hacerse en función del sentido que se establece por el intérprete de otras normas integrantes del marco jurídico aplicable a ese caso, pues de lo contrario, el sentido establecido por el intérprete a una norma cualquiera considerada ésta de manera aislada, no sería tal en términos de validez jurídica exigible en el proceso de construcción de la verdad legal, por carecer de sustento legal. Ahora bien, es cierto que una cosa es el sentido que se establece por el intérprete —o que se atribuye— de una norma jurídica y otra muy distinta es el problema de la validez de esa norma, lo primero tiene que ver esencialmente con signos lingüísticos que hay que interpretar para desentrañar el sentido del mandato legal, en tanto que lo segundo se refiere al fundamento de validez de la norma jurídica que se interpreta para ser aplicada a un caso concreto, el cual, en términos de Kelsen, sólo puede encontrarse en la validez de otra norma de jerarquía superior y perteneciente al mismo sistema jurídico, y no en la verificación de ningún hecho empírico; pero para demostrar que una norma de grada «superior» funda (o da validez) a la norma de grada «inferior», es necesario atribuir también un sentido a la norma de grada superior, de ahí que el sentido que con apoyo del derecho se establece de una norma, tenga que hacerse en relación con el sentido también atribuido a las demás normas integrantes del marco jurídico aplicable.

A lo anterior habría que agregar que, dado el carácter sistemático de las normas jurídicas, y además, dado también a que el fundamento de validez de una norma jurídica cualquiera se encuentra en otra norma jurídica de jerarquía superior, resulta comprensible que la relación que se establece entre una norma de jerarquía superior y otra de jerarquía inferior —por ejemplo la relación que se establece entre una norma de la constitución y otra norma de una ley ordinaria, o una norma cualquiera del código penal y una norma jurídica individualizada, la cual es creada por el juez a través de una

resolución judicial—, es, en términos de Kelsen, una relación de determinación-obligación. Esto significa que la norma de grada superior regula —como escribe Kelsen—, “...el acto mediante el cual se produce la norma de grada inferior, o regula el acto de ejecución cuando ya se trata de éste; determina no sólo el procedimiento mediante el cual se establece la norma inferior o el acto de ejecución, sino también, en ciertos casos, el contenido de la norma que se instaure o del acto de ejecución que se cumplirá¹⁷”.

Pero este no es el tema central del eterno debate que los tradicionalistas y dogmáticos siguen manteniendo con Kelsen y la *Teoría pura del derecho*; como acertadamente lo señala García Máynez, el problema de la estructuración jerárquica del orden normativo fue tratado inicialmente en la Edad Media y muy pronto fue olvidado en ese mismo largo período. Luego, en los tiempos modernos, este tema es retomado por Birling; pero su posterior desarrollo y formulación teórica es mérito de Adolph Merkk¹⁸, Kelsen lo incorpora de inmediato a su sistema. Así es de que este tema es uno de los que ya han sido lo suficientemente asimilados por los juristas y los operadores del derecho. El tema central de este debate estriba en que, como ha quedado expuesto, los partidarios del absolutismo filosófico y del absolutismo político creen que existe la posibilidad de que las normas jurídicas formuladas por el legislador humano poseen en su contenido una forma de determinación absoluta o completa; porque se cree que por ser esta una facultad y voluntad del legislador, por ese sólo hecho es posible establecer en la norma una forma de determinación absoluta; porque erróneamente sigue creyendo en que los jueces y autoridades administrativas, facultadas legalmente para interpretar y

¹⁷ *Teoría pura*, p. 350.

¹⁸ García Máynez, Eduardo, *Ensayos filosófico-jurídicos*, p. 13.

aplicar el derecho, no deben crear derecho, salvo que la ley lo autorice; porque erróneamente se cree en que el juez lo único que hace en el proceso de interpretación y aplicación de la ley, es obedecer el mandato legal, salvo que existan lagunas en la ley, en cuyo caso, el juez cumple no una función de interpretación sino de integración, que consiste en colmar de alguna manera prevista o no por el derecho las lagunas legales.

Kelsen opina de distinta manera, su tesis la hace consistir en que la determinación jamás podrá ser completa, total, absoluta: “La norma de rango superior —escribe— no puede determinar en todos los sentidos el acto mediante el cual se aplica. Siempre permanecerá un mayor o menor espacio de juego para la libre discrecionalidad, de suerte que la norma de grada superior tiene, con respecto del acto de su aplicación a través de la producción de normas o de ejecución, el carácter de un marco que debe llenarse mediante ese acto. Hasta la orden más minuciosa debe dejar a su ejecutor una cantidad de determinaciones”¹⁹. Esto es así porque, aún cuando el acto de voluntad de producción tenga la intención de otorgar al mandato una determinación completa «o absoluta», por las razones que ya se han expuesto en abundancia, lo único que en este supuesto se podría obtener como resultado es una indeterminación no intencional. Lo mismo ocurre en un acto jurídico que sea de mera ejecución, en el cual el derecho ha de ser aplicado²⁰, en ambos casos el derecho “...sólo está determinado en parte por el derecho, quedando en parte indeterminado. La indeterminación puede referirse tanto al hecho condicionante, como a la consecuencia condicionada”²¹, y probablemente ésta también sea un resultado del acto de voluntad del legislador, dejándose en este

¹⁹ *Ibidem.*

²⁰ *Ibidem.*

²¹ *Ibidem.*

caso de manera deliberada un amplio o pequeño margen de discrecionalidad al órgano del Estado facultado para interpretar y aplicar la ley.

Antes de cerrar este punto se expondrá y evaluará brevemente el punto de vista de Habermas sobre la «indeterminación» de las normas jurídicas y la racionalidad en la administración de la justicia. Después de esta revisión se pasará al análisis sobre las decisiones judiciales y la lógica jurídica. Habermas se ubica en el lado extremo de Kelsen, y contrario a los tradicionalistas que bajo el supuesto de que el Derecho Positivo se fundamenta en los principios del Derecho Natural, con base a lo cual creen en la existencia de la posibilidad de formas de determinación absoluta en los mandatos legales, este autor parece ubicarse en el otro extremo, es decir, en el indeterminismo absoluto, y erróneamente ubica a Kelsen entre quienes se inscriben en lo que él llama “...modelo convencional de la decisión jurídica como una subsunción de un caso bajo la correspondiente regla”²².

Ciertamente Habermas va mucho más lejos que Kelsen, pues con base a Hans-Georg Gadamer desentierra y enaltece la vieja “...idea aristotélica de que ninguna regla puede regular su propia aplicación”²³. En apoyo a este punto de vista Habermas argumenta que “...un estado de cosas conforme con la regla sólo se constituye por venir descrito en conceptos de una norma que se aplica a él, mientras que el significado de la norma sólo cobra concreción al aplicarse ésta a un estado de cosas que (por venir descrito en conceptos de la norma) le resulte específico”²⁴.

No hay objeción a este punto de vista, como tampoco la hay a lo que líneas adelante Habermas agrega, respecto a que “...una norma sólo puede

²² Habermas, p. 268.

²³ *Ibidem*.

²⁴ *Ibidem*.

tener como posibilidad «aprehender» una situación compleja del mundo de la vida en términos selectivos, es decir, en la perspectiva de las relevancias que la propia norma se encarga de fijar previamente, mientras que el estado de cosas constituido por la norma nunca agota el vago contenido semántico de una norma general, sino que a su vez lo hace valer de forma selectiva...»²⁵. En esto no hay discrepancia entre Habermas y Kelsen, ya que éste, al referirse a la norma como esquema de explicitación conceptual, deja claro que la norma no puede sino sólo esquematizar un trozo de la realidad a la cual se le atribuye una significación jurídica, y que no es la facticidad lo que determina que un acontecimiento adquiera un sentido jurídico o antijurídico, sino la norma que se refiere a ese acontecimiento ²⁶; pero no se puede dejar de reconocer que en lo que se refiere a la riqueza semántica de la norma, Habermas aclara mejor la cuestión que en Kelsen sólo subyace de manera implícita en su *Teoría de la interpretación de la ley*, pues al poner éste el acento en que la «norma» sólo esquematiza y fija «selectivamente» un trozo del complejo mundo social, en tanto que el estado de cosas constituido y regulado por la norma nunca agota su «vago» contenido semántico «de una norma general», sino que por el contrario, de manera circular semánticamente se recrea y selectivamente se hace valer, con lo que incuestionablemente Habermas está señalando a los juristas un nuevo enfoque de análisis: el análisis diacrónico y sincrónico de las normas con relación a su riqueza semántica.

En abono a la postura del positivismo jurídico —seleccionados como sus representantes los nombres de Hans Kelsen y H. L. A. Hart—, y en demérito del escepticismo de los representantes de la Escuela Realista del Derecho que confunde derecho y política, Habermas llama la atención sobre la

²⁵ Ob. cit. p. 269.

²⁶ *Teoría pura*, p. 17-18.

situación de que a diferencia del realismo jurídico, el positivismo jurídico sí establece una clara demarcación entre derecho y política, también resalta el hecho de que los positivistas, a diferencia de los realistas, conceden importancia a la función de estabilización de las expectativas de los sujetos a través del derecho, pero les reprocha la falta de racionalidad a las decisiones judiciales. No obstante, en contrapartida también con los realistas, enaltece el hecho de que “Hans Kelsen y H. L. A Hart subrayan el sentido normativo específico de las proposiciones jurídicas y la estructura sistemática de un sistema de reglas, como es el derecho, que tiene por fin posibilitar la consistencia de las decisiones atendidas a esas reglas y convertir el derecho en algo bien distinto a la política²⁷”. Pero, según Habermas, tanto Kelsen como Hart se encuentra en desventaja con respecto a los hermenéuticos jurídicos, ya que mientras los primeros “...acentúan la completud y cierre de un sistema jurídico que sería impermeable a principios extrajurídicos”²⁸, los segundos, como quedó expuesto, no se encuentran ante el riesgo del agotamiento del vago contenido semántico de los esquemas normativos.

No se hará en esta tesis una diferenciación de las concepciones de Hart y Kelsen sobre las nociones de sistema, ni tampoco sobre la interpretación de la ley en Hart; ni sobre los matices específicos del positivismo en que cada uno de éstos se inscriben con relación a los de otros positivistas. No es éste el lugar para ello. Lo único que no es posible dejar de señalar es la errática apreciación de Habermas sobre la supuesta impermeabilidad del sistema kelseniano a los principios o factores metajurídicos, razón por la que, según Habermas, el problema de la racionalidad en estos dos juristas “...queda reducido así en favor de la primacía de una historia institucional

²⁷ Ob. cit. p. 271.

²⁸ *Ibidem*.

estrechamente circunscrita y purificada de todo fundamento suprapositivo de validez²⁹.

Este no es el mismo Kelsen que se percibe en esta tesis, desde luego, según ha quedado expuesto en el transcurso de toda esta larga exposición; si algo no se le puede reprochar a Kelsen es, precisamente, que las decisiones judiciales son para él una simple “...subsunción de un caso bajo la correspondiente regla”. Habermas no ve, como muchos otros críticos de Kelsen, que en la *Teoría pura del derecho* hay a la vez una concepción de ciencia jurídica y una concepción de política jurídica, y que ambas, en el transcurso del desarrollo de esta obra, se implican y complican, particularmente en su *Teoría de la interpretación de la ley*. Como tampoco ve Habermas que en Kelsen, la relación entre una norma de jerarquía superior y una de jerarquía inferior —integrantes del mismo sistema, desde luego— es, además de una relación de carácter vinculatorio, una relación indeterminada, espacio que indudablemente puede ser aprovechado por la hermenéutica jurídica para dotar de racionalidad a las decisiones judiciales, a lo que no se opone Kelsen, lo único que dice es que tales decisiones se determinan por un acto de voluntad, como se analizará más adelante.

Se debe decir, sin embargo, que asiste la razón a Habermas en cuanto a que el problema de fondo que en esta tesis se analiza es la «función» sociointegradora del derecho, para lo cual se exige no sólo decisiones judiciales jurídicamente vinculantes, sino además que el derecho sea legitimado y legitimable. ¿Y cómo el derecho puede ser legitimado? La respuesta de Habermas es que esto sólo se logra si los fallos emitidos cumplen a la vez satisfactoriamente “...los requisitos de representar *decisiones*

²⁹ *Ibidem*.

consistentes y de ser racionalmente aceptables³⁰. Y si a esto se añade que el punto de partida de Habermas es la doble delimitación del derecho —como sistema de acción y como totalidad de las interacciones reguladas por las normas jurídicas—³¹, lo que a partir de la definición *lato sensu* del derecho de Luhmann, como «subsistema» social que tiene como función la estabilización de las expectativas del comportamiento y el cual se integra con la totalidad de las comunicaciones sociales formuladas con referencia a las normas jurídicas³², de lo que se deriva la definición de derecho *stricto sensu*, el total de “...las interacciones que no sólo se orientan por el derecho, sino que también se enderezan a producir nuevo derecho y a reproducirlo como derecho³³. Lo que exige el surgimiento de reglas secundarias para la aplicación del derecho, resulta entonces plenamente comprensible el por qué del rechazo de Habermas a la reducción del problema de la racionalidad en las decisiones judiciales circunscrita a una historia institucional, supuestamente purificada de todo elemento suprapositivo de validez.

Pero esto también hay que decirlo: la crítica de Habermas contra Kelsen no da en el blanco. No hay en Kelsen el menor dejo de completud y cierre de su sistema jurídico, dejando fuera de éste principios y variables extrajurídicos, como lo refiere Habermas en la obra citada y muchos otros. Antes al contrario. Es Kelsen, quien a través de su principio de indeterminación, abre el camino a los nuevos hermenéuticos jurídicos. Por lo visto Habermas llegó a esta conclusión sin considerar la *Teoría de la interpretación* formulada por Kelsen y sin revisar cuidadosamente la *Teoría*

³⁰ Habermas, p. 267.

³¹ Ob. cit. p. 264.

³² *Ibidem*.

³³ *Ibidem*.

pura del derecho en sus diferentes fases de evolución, pues a decir verdad, el Kelsen al que se refiere Habermas no es el de la segunda edición de la *Teoría pura del derecho*, de 1965, en su versión italiana, sino el Kelsen de los *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*, de 1911.

Tampoco es cierto, al menos en Kelsen, como lo afirma Habermas, que “...la interpretación positivista de la práctica de las decisiones judiciales venga a tener por consecuencia que la garantía de seguridad jurídica deje en un segundo plano a la garantía de racionalidad o rectitud normativa”³⁴. En la última página de la segunda edición de la *Teoría pura del derecho*, la 356, Kelsen critica severamente lo que en páginas anteriores del Capítulo VIII aparece como una constante desde la aparición de su *Teoría general del estado*, “...la ficción de que una norma jurídica siempre admite sólo un sentido, el sentido ‘correcto’. Se trata —escribe Kelsen— de una ficción de la que se sirve la jurisprudencia tradicional para mantener el ideal de la seguridad jurídica”³⁵. Y no sólo esto, sino que Kelsen sostiene que ese ideal no es posible que se cumpla a cabalidad, ello debido a que cualquier norma admite una variedad de sentidos. Kelsen no se inscribe en la jurisprudencia tradicional, al contrario, la combate, contra ella elabora su discurso crítico, tan es así que en la parte del texto de la que se ha tomado la anterior cita sostiene que la interpretación científica del derecho no debe caer en la ficción jurídica de la interpretación única. No es Kelsen entonces el constructor de la ficción del mal llamado principio de seguridad jurídica, «principio» con el cual, según Habermas, Kelsen sustituye por el principio de racionalidad.

Finalmente, debe decirse al respecto que no es preocupación teórica de Kelsen la búsqueda de la racionalidad en las decisiones judiciales. Sus

³⁴ Ob. cit. p. 272.

³⁵ *Teoría pura*, p. 356.

investigaciones están dirigidas a explicar cómo se producen en los hechos las decisiones judiciales, no a la búsqueda de la mejor manera en que éstas pudieran estar dotadas de una mayor racionalidad —lo que sí es una preocupación teórica de Habermas. Y la conclusión de Kelsen, como anticipo a lo que se analizará en posterior apartado, es que las decisiones judiciales se fundan esencialmente en un acto de voluntad, lo que tal vez en algunos casos posea una cierta dosis de racionalidad y en muchos otros no, y no en deducciones lógicas. Hasta aquí la revisión del discurso de Habermas en relación a Kelsen, en el inciso h de este capítulo se volverá de nuevo sobre este autor.

3.2. LAS DECISIONES JUDICIALES Y LA LÓGICA JURÍDICA. Ya analizado el problema sobre el carácter de la relación de determinación que se establece entre dos normas jurídicas, una de inferior y otra de superior jerarquía —en lo mínimo exigible, por supuesto, ya que este tema merece un análisis mucho más amplio y detallado, sobre todo con las inquietudes que deja M. G. Lozano— en relación con la postura de Habermas—, y ya revisada además la postura de Habermas sobre el valor de la nueva hermenéutica jurídica para dotar a las decisiones judiciales de racionalidad, a partir de lo que en este autor aparece como una indeterminación absoluta de las normas jurídicas, ahora, en lo que sigue, se expondrá de manera breve cómo desde la lógica jurídica se trata de enfrentar también el problema de la racionalidad de las decisiones judiciales, ello con relación a la postura de Kelsen frente a esta nueva disciplina.

A decir de Mario G. Lozano, lo que también coincide con datos que proporciona Metal Aládar en su biografía de Kelsen, los últimos años de este científico del derecho fueron dedicados al estudio de la lógica jurídica y a debatir con los lógicos deónticos la relación entre lógica y derecho. Eso

resulta comprensible, ya que la lógica deóntica (o lógica del discurso normativo) tenía poco de haberse desarrollado, por lo que Kelsen no podía evadir ese debate. Para entonces los años se le habían venido encima, no obstante ello tuvo el vigor suficiente para revisar su hasta entonces desarrollo teórico-jurídico con relación a las posturas de los nuevos lógicos matemáticos, que decían poner sus conocimientos al servicio de la administración de justicia. Con el desencanto de muchos, Losano, quien confiesa que fue el logicismo de la *Teoría pura del derecho* lo que lo llevó a sus estudios de informática jurídica³⁶, Kelsen después de sus reflexiones —y no sin algunas correcciones— reafirma su postura que había fijado en la segunda edición de su *Teoría pura*, 1960, y aún más en la versión italiana de esta edición seis años después.

Para Kelsen, según lo expone en el capítulo III de su investigación titulada *Derecho y ciencia*, los principios de la lógica son aplicables a las oraciones descriptivas, y sólo de manera indirecta a las oraciones prescriptivas; las primeras son falsas o verdaderas, en tanto que las segundas son válidas o no válidas. Losano bien observa en Kelsen que “...las normas pueden, sin embargo, ser descritas mediante proposiciones: a estas últimas, en cuanto verdaderas o falsas, les serían completamente aplicables los principios lógicos, que, por medio de ellas, se aplicarían indirectamente a las normas objeto de la descripción³⁷. Algunas de esas inconsistencias y contradicciones encontradas por Losano sobre la relación entre derecho y lógica³⁸ no es que Kelsen las haya cometido por su desconocimiento de esta disciplina, la cual,

³⁶ Losano, G., Mario, *Teoría pura del derecho*, evolución y puntos cruciales, p. 61.

³⁷ Ob. cit. p. 55.

³⁸ “En la segunda edición de la *Teoría pura del derecho* afirmaba que los principios lógicos son aplicables al derecho —escribe M. G. Losano—, mientras que dos años después lo negaba (en un primer momento con referencia únicamente al principio de no contradicción”. (Ob. cit. p. 52).

como el mismo Losano refiere, fue el objeto de sus últimas investigaciones entre 1965 y 1970. No es así. Como tampoco lo es que Kelsen no creyera en las verdades de lógica, por supuesto que sí creía en la lógica, en lo que no creía era en que las decisiones judiciales pudieran tener como fundamento las reglas de la inferencia lógica; su tesis que siempre sostuvo es que las decisiones judiciales se derivan de un acto de voluntad más que del conocimiento previo del derecho, pero no de las reglas de la lógica, y que detrás de cada norma hay alguien que impone a otros su poder.

En la correspondencia que Kelsen mantuvo con el lógico alemán Ulrich Klug, entre el 6 de marzo de 1959 al 28 de julio de 1965³⁹, sostiene que las reglas de la lógica son aplicables al derecho, mas no al derecho entendido como norma. Es decir, en la acepción de derecho analizada en el capítulo cuarto de esta tesis en donde se pone de relieve aspectos de irracionalidad de diferente índole, sino que dichas reglas lógicas son aplicables sólo a la ciencia del derecho, esto es, a la ciencia que estudia las normas jurídicas⁴⁰. Lo que obviamente, aún aceptado por Klug que la lógica es aplicable a la ciencia del derecho, la diferencia entre Kelsen y Klug, es que Kelsen establece una diferencia entre las proposiciones de la ciencia del derecho y las proposiciones de las normas jurídicas, las cuales son objeto de estudio de la ciencia jurídica, y para él sólo a las primeras es aplicable las reglas de la lógica, en tanto que para el lógico alemán tanto a las primeras como a las segundas proposiciones les son aplicables las reglas de la lógica⁴¹.

No es aventurado suponer que para Kelsen aparecía como muy claro, en sus debates que mantuvo con los lógicos hasta meses antes de su muerte,

³⁹ Ob. cit. p. 58.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ *Ibidem*.

que las reglas de la lógica sí son aplicables a las normas jurídicas creadas por el juez o por el legislador; pero *a posteriori*, y no por el juez como parte de proceso de creación de derecho, sino por los lógicos matemáticos o deónticos, ya que los operadores del derecho nada saben de lógica, y menos los jueces. Además éstos ni la necesitan para la emisión de sus resoluciones. Un dato importante es que, al menos en la sociedad mexicana, la lógica deóntica (o de proposiciones normativas) y la hermenéutica jurídica son las grandes ausentes de la *curricula* de las facultades y escuelas de derecho.

Kelsen, en opinión de Mario G. Losano, en la última etapa de su vida se apartó del logicismo que había desarrollado hasta la segunda edición de la *Teoría pura del derecho*, para incursionar en el irracionalismo normativo⁴². Losano dice lamentar la postura de Kelsen consistente en que el silogismo teórico se basa en un acto de pensamiento y el silogismo normativo en un acto de voluntad⁴³, y que “...al derecho no se aplican ni el principio de no contradicción, ni las reglas de la inferencia”; el razonamiento por analogía y el *argumentum a maiore ad minus* no son los instrumentos propios de una lógica —específicamente jurídica— sostiene Kelsen, citado por Losano—, sino únicamente biombos tras los que se ocultan actos de voluntad del juez⁴⁴. A lo que se refiere Losano con las siguientes palabras: “El logicismo de la teoría pura del derecho, mantenido hasta 1960, se ha disuelto, de esta forma, por completo”⁴⁵.

Se considera oportuno reproducir ahora parte del debate sostenido entre Kelsen y el lógico Klug, citado por Losano: después de que Kelsen se ve

⁴² Ob. cit. pp. 57-62 y ss.

⁴³ Ob. cit. p. 63.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ *Ibidem*.

acorralado por los cuestionamientos de su amigo Klug, respecto a la posibilidad del análisis lógico de las normas con relación a las decisiones judiciales, no le quedó otra salida más que contestar su carta que le había llegado el 9 de julio de 1965 —una anterior Kelsen no la había contestado—⁴⁶, en esta misiva Klug argumenta que “...un caso muy moderno de aplicación de las leyes lógicas a las normas es la utilización de ordenadores para la aplicación del derecho, tal como ya ocurre en diversos países [...] En esta aplicación del derecho por medio de una máquina se programan con premisas las proposiciones prescriptivas generales (normas generales). Tras de la introducción de los datos del caso concreto, la máquina proporciona el precepto dirigido al individuo (norma individual)⁴⁷”.

A esta carta de Klug, Kelsen ofrece la siguiente réplica: “Sobre el caso citado por usted del empleo de ordenadores para la aplicación del derecho quisiera observar que la construcción del ordenador parte evidentemente del presupuesto de que los principios de la lógica de proposiciones son aplicables a las normas de derecho positivo. Este presupuesto carece de fundamento. En todo caso, aún admitiéndolo, el ordenador no proporciona la norma individual, vinculante para las partes, sino que se limita a decir al órgano competente para la edición de esta norma cuál es la norma individual conforme a la norma general. Si, por algún motivo, este órgano no dicta —con un acto de voluntad—, cuyo sentido es esta norma— la norma indicada por el ordenador, esta no es válida, ni su validez vinculante para las partes puede obtenerse con su razonamiento lógico o con la simple actividad del ordenador”⁴⁸. Y es que para Kelsen, desde los *Problemas capitales* publicada en 1911, parte del

⁴⁶ Ob. cit. p. 60.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ Ob. cit. pp. 60-61.

principio de que “...el derecho objetivo es producto de la voluntad del Estado”⁴⁹, y no de “...la voluntad de un poder extraestatal y sobrenatural, como una orden de Dios”⁵⁰. De acuerdo, al derecho que Kelsen en esta obra se refiere es al derecho que con base al principio de división de poderes es creado por el órgano legislativo del Estado, es decir, por el parlamento o congreso, no al derecho que es creado por el órgano jurídico de aplicación del derecho en el proceso de la individualización de la norma general al caso concreto que se presenta, que es el caso en cuestión; pero dos años después de la aparición de los *Problemas capitales*, la evolución del pensamiento kelseniano, que el mismo Losano lo observa en su libro que también se ha venido citando, reconoce que el acto de aplicación del derecho es un acto de creación de derecho, por lo que el juez cumple no sólo una función jurisdiccional sino también legislativa, y por tanto, el derecho entendido éste como sistema de normas se constituye no sólo por las normas generales y abstractas producidas por el órgano legislativo, sino también por las normas jurídicas individualizadas producidas por el juzgador en el proceso de interpretación y aplicación del derecho, normas que para Kelsen se crean por un acto de voluntad —según se ha visto en el debate que éste sostiene con el lógico Klug—, y no con base a las reglas de la inferencia lógica.

Luego entonces, para cerrar este punto, el tema central de la concepción de ciencia jurídica del fundador de la Escuela de Viena es el poder, por lo que de formalista vacío y de mero constructivista normativista que edificó una norma fundante básica en el vacío, como andamiaje teórico para escapar de la realidad y de los juicios de valor, Kelsen no tiene nada. Una cosa es que Kelsen haya echado mano de los principios lógicos y de las reglas de la

⁴⁹ Kelsen Hans, *Problemas capitales*, p. 83 y ss.

⁵⁰ *Ibidem*.

inferencia lógica para construir su sistema —y nada de esto le era desconocido—, y otra, muy distinta, es que su formalismo jurídico constructivista le haya segado la mirada de gran visionario; y mucho menos que esta su concepción tan sólida de la ciencia jurídica haya apaciguado su espíritu de rebeldía ante los absolutismos de cualquier tipo, que lo llevó, dicho sea de paso, a descubrir detrás de cada juicio subjetivo de valor con pretensión de validez universal, así como detrás de cada norma, una agazapada voluntad de poder. Así el poder sea tan sagas como para ocultarse detrás de una máquina ordenadora de los principios deónticos, como, palabras más, palabras menos, lo refiere Correas al analizar este mismo debate.

3.3. LA IMPOSIBILIDAD DE LA INTERPRETACIÓN ÚNICA. Y ante la indeterminación intencional o no intencional de la normativa jurídica de jerarquía inferior que caracteriza a todos los actos jurídicos, independientemente de que ésta sea de creación de derecho o de mera ejecución mediante el cual el derecho es aplicado, no hay ninguna posibilidad para la única interpretación correcta. Lo único que existe es «el mito de la única interpretación correcta». Sea o no intencional la indeterminación, lo único que es posible que resulte como consecuencia de ésta es que en todos los casos el juez no sólo interpreta y aplica el derecho, sino que también crea derecho; a partir de la constatación de este hecho empíricamente contrastable, Kelsen sostiene la tesis de que “...el derecho por aplicar constituye sólo un marco dentro del cual están dadas varias posibilidades de aplicación, con lo cual todo acto es conforme a derecho si se mantiene dentro de ese marco, colmándolo en algún sentido posible”⁵¹. [...] Por lo tanto, la interpretación de

⁵¹ *Teoría pura*, p. 351.

una ley no conduce necesariamente a una decisión única, como si se tratara de la única correcta, sino posiblemente a varias, todas las cuales —en tanto son cotejadas solamente con la ley que haya de aplicarse— tienen el mismo valor, aunque sólo una de ellas se convertirá en derecho positivo en el acto del órgano de aplicación de derecho, en especial, el acto del tribunal”⁵². Una de ellas que no puede ser otra más que la que el juez o la autoridad administrativa, por un acto de voluntad, elige entre varias; no puede ser de otra manera.

Kelsen critica con severidad los inútiles esfuerzos invertidos por los juristas tradicionales en querer encontrar, en las teorías existentes sobre la interpretación de la ley, algo más que una posibilidad. La de poder determinar objetiva y racionalmente el marco que expone el derecho que ha de ser interpretado, lo que conduce necesariamente al conocimiento de varias posibilidades válidas dadas dentro de ese marco⁵³. Critica a quienes creen poder encontrar un método seguro de interpretación —sobre lo que aunque desde otra perspectiva, también se refiere Cisneros Farías en su libro sobre La interpretación de la ley—, un método seguro que sea capaz de resolver de manera absoluta y definitiva, correcta y objetivamente válida, el conflicto entre «voluntad» y «expresión», «voluntad» la del intérprete que bajo la motivación de sus juicios de valor —con pretensión de validez universal—, entre muchos otros factores—, es impulsado a elegir una de entre varias interpretaciones correctas, asignándole el calificativo de la «única correcta», y «expresión», la del sentido de los signos lingüísticos de la norma atribuida por el legislador y sujetos a interpretación, en donde indefectiblemente el intérprete elige los significados que mejor se acomodan a su concepción del

⁵² Ob. cit. p. 351-352.

⁵³ *Ibidem*.

mundo, a su ideología, a su posición de clase, a sus presupuestos morales y religiosos, entre muchos otros factores, y tal vez no los que objetivamente corresponden a la comprensión de los hechos litigiosos. Luego, entonces, refiere Kelsen con mayor énfasis, la existencia de un método de interpretación de la ley “...caracterizable jurídicopositivamente, según el cual uno entre varios significados lingüísticos de una norma pueda ser designado como el ‘correcto’; suponiendo, naturalmente, que se trate de varios posibles, es decir, que se trata de posibles interpretaciones del sentido en conexión con todas las otras normas de la ley o del orden jurídico...”⁵⁴, es, para el fundador de la Escuela de Viena, tan sólo una ilusión.

Y para no dejar dudas sobre la única salida que posee el antes aludido conflicto entre voluntad y expresión que jamás se ha podido resolver, Kelsen formula una alternativa que coloca en el centro del debate las relaciones e implicaciones entre la *quaestio facti* y la *quaestio iuris*: ¿es la interpretación de la ley un acto de conocimiento o un acto de voluntad? A lo que contesta: “La representación en que se funda la teoría tradicional de la interpretación, a saber: que la determinación del acto jurídico por cumplirse, no efectuada por la norma jurídica por aplicar, pueda obtenerse mediante alguna especie del conocimiento existente, es un autoengaño lleno de contradicciones, en cuanto es contrario a los presupuestos de la posibilidad de una interpretación”⁵⁵.

Más contundente aún, con lo que Kelsen no deja duda sobre las implicaciones de la política jurídica en la *Teoría pura del derecho* —lo cual sus críticos se han encargado de silenciar—, ni mucho menos deja en entredicho su concepción neokantiana sobre la constitutividad de las decisiones judiciales que implican la aserción que expresa la sentencia del

⁵⁴ *Teoría pura*, p. 352.

⁵⁵ *Ob. cit.*, p. 353.

juez y las aserciones que expresan la *quaestio iuris* y la *quaestio facti*, éste, de inmediato, establece con meridiana claridad, y como fundamento de su *Teoría de la interpretación*, lo siguiente:

“La pregunta de cuál sea la posibilidad ‘correcta’, en el marco del derecho aplicable, no es —según los supuestos previos— ninguna pregunta dirigida al conocimiento del derecho positivo, no es una pregunta teórica-jurídica, sino que es un problema político⁵⁶”. Es decir, la interpretación de la ley como proceso que involucra un cúmulo de aspectos metajurídicos y no sólo, como se pretende hacer creer, conocimientos previos del derecho: juicios de valor, concepciones ideológicas, políticas, religiosas, etc., todo lo cual definitivamente influye de manera preponderante en el juzgador para decidir sobre una entre varias posibles interpretaciones correctas, por más que por razones políticas e ideológicas se diga que es una sola, es algo que como se ha venido insistiendo, en el pensamiento kelseniano corresponde a la política jurídica y no a la ciencia jurídica.

Expresamente Kelsen expone lo anterior de manera muy clara, después de haber dejado asentado que la producción de una norma jurídica individualizada por el juez es una función volitiva⁵⁷; apunta con rigor que “...en la aplicación de la ley, por añadidura de la determinación necesaria del marco dentro del cual debe cumplirse el acto que se efectuará, puede tener lugar una actividad cognoscitiva del órgano de aplicación, no se trataría de un conocimiento del derecho positivo, sino de otras normas que pueden desembocar aquí en el proceso de producción de derecho: normas morales,

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ *Teoría pura*, p. 353-354.

normas de justicia, juicios de valor sociales, etc., que se suele denominar con rótulos tales como: ‘bien común’, ‘interés del Estado’, ‘progreso’, etc.⁵⁸.

Pero no obstante todo lo anterior las cosas se hacen aparecer de otra manera. A pesar de que la interpretación de la ley es más un acto de voluntad política, en los términos que se exponen en el siguiente inciso, que de conocimiento previo del derecho, en la práctica de los operadores del derecho ese acto de voluntad política del inter prete que determina el sentido de la norma que se ha de aplicar, se hace aparecer como si fuera la «voluntad» del legislador desentrañado de la norma que se aplica o se solicita que se aplique, esto por una parte, y por la otra, ese acto de voluntad del juez tiene en la creencia de que sólo es posible una sola interpretación correcta de la ley una alta dosis de ingrediente ideológico, por medio del cual se posibilita hacer aparecer juicios de valor como si fueran juicios de hecho, o como si los juicios de valor del inter prete también fueran datos de la realidad. Tal creencia, auténtica o fingida, cumple varias funciones: entre otras proporciona justificación, seguridad y certeza al inter prete de la ley, a la comunidad jurídica y a los justiciables, como lo señala el mismo Kelsen. Pero sobre todo seguridad, una seguridad y certeza llena de pragmatismo y dogmatismo, en la mayoría de los casos. Por supuesto, esto vale para todos los operadores del derecho, no sólo para los que cumplen las funciones en las esferas jurisdiccional y de procuración de justicia.

3.4. NORMAS JURÍDICAS Y NORMAS POLÍTICAS. No obstante todo lo anteriormente expuesto, en las facultades y escuelas de derecho se sigue sostenido la idea de que la política debe proscribirse del derecho, retirarse del

⁵⁸ Ob. cit. p. 354.

“Esta elección es una función política en la medida en que no está determinada por una norma superior legal⁶¹”. Se abre un paréntesis aquí para llamar la atención sobre lo ya expuesto en el Capítulo Tercero, referente a que, como se deriva de la anterior cita, si la norma fundante básica es presupuesta y no impuesta por ninguna autoridad política, por lo que obviamente no está determinada por una norma legal superior, entonces, como consecuencia lógica, ésta tiene que ser determinada necesariamente por factores políticos metajurídicos, entre los que predominan los de naturaleza política. Volviendo al punto, la argumentación kelseniana concluye de la siguiente manera: “Si la elección entre los distintos significados de una norma legal no viene determinada por una norma legal superior —lo que como quedó establecido, esta determinación jamás puede ser de manera absoluta—, está determinada por normas que no son legales, es decir, por normas políticas. Por tanto, puede decirse que la interpretación auténtica de la ley por parte de la autoridad legal es una interpretación política”⁶².

Hasta aquí la argumentación en *Ciencia y política* que, la cual indudablemente refuerza la precitada de la *Teoría pura del derecho*. Pongárese ahora la diferenciación que establece Kelsen —que ha quedado expuesto en el capítulo segundo de esta tesis— entre la naturaleza de las normas integrantes de los sistemas jurídicos y las normas integrantes de los sistemas políticos.

A las normas jurídicas se les exige, como condición de su validez, no la constatación de un hecho empírico. Ni tampoco que posean un contenido determinado, sino otra «norma» perteneciente al mismo sistema, la cual representa su fundamento de validez, pero además, que hayan sido producidas

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² *Ibidem*.

de una determinada manera por el órgano político del Estado facultado por la ley para ello, y, en última instancia —desde la perspectiva de Kelsen—, que hayan sido creadas de la manera determinada por una norma fundante básica presupuesta⁶³. A las normas políticas, en cambio, nada de esto se les exige para que sean válidas para quienes, en su «querer» y «actuar» en la búsqueda del logro de sus fines, las asumen como propias. El fundamento de validez de las normas políticas está en la ética, no en una norma jurídica ni en una norma fundante básica; tampoco, a diferencia de las normas jurídicas, las normas políticas se encuentran debidamente clasificadas y codificadas, sino en los documentos y programas de acción política de los partidos o de los grupos sociales que las asumen como propias.

Esto constituye una importante aportación de Kelsen a la *Teoría política*, la cual no ha sido lo suficientemente valorada. El sustentante lo ha podido constatar en la experiencia que tuviera por más de 21 años en el aula y en encuentros con politólogos y sociólogos, que como consecuencia del desempeño de esa función tuvo la oportunidad de tener. El dato recogido, aún no vinculado a otros para su procesamiento, consiste en que en materia de *Teoría política* unos orientan sus estudios fundamentalmente al fenómeno del poder, soslayando el aspecto normativo; y otros más, que enfocan sus análisis al fenómeno del Estado, desbordan en lo meramente normativo jurídico, soslayando el fenómeno del poder.

Kelsen, en cambio, sin excluir del núcleo de la problemática de la *Teoría política* el fenómeno del poder ni el del Estado como entidad normativa —aunque sus detractores han hecho de su principio de identidad Estado-derecho una caricatura, una fórmula estereotipada que supuestamente

⁶³ *Teoría pura*, p. 205.

denota el carácter ético del Estado, lo que no es tema de esta tesis, y sí en cambio ha sido el favorito de sus detractores y apologistas— trata de identificar en los fenómenos políticos los fundamentos de validez éticos que dan sustento los sistemas normativos políticos. Contrario al optimismo de Rousseau para quien el hombre es bueno por naturaleza pero es la sociedad la que lo corrompe, para Kelsen, igual que para Hobbes, es el deseo del uno de invadir el espacio de otros lo que motiva el surgimiento de los sistemas normativos, por lo que si existe duda respecto a si el hombre es un ser racional, de una cosa no hay duda: el hombre es un ser normativo.

3.5. LA INTERPRETACIÓN CIENTÍFICA DEL DERECHO Y LA INTERPRETACIÓN QUE REALIZAN LOS ÓRGANOS DE APLICACIÓN DEL DERECHO. Pero a pesar de que insistentemente Kelsen hace referencia, en distintas partes de su obra, en el carácter político que caracteriza la elección del sentido de una norma jurídica que se ha de aplicar a un caso concreto, razón por la cual en el proceso de interpretación y aplicación del derecho el juez cumple una función política, y razón por la cual también el problema de la interpretación de la ley es un problema planteado a la política jurídica y no a la ciencia jurídica, al final de su *Teoría pura del derecho*, en las últimas dos páginas del Capítulo VIII que se refieren al subtítulo “La interpretación en la ciencia del derecho”, deja abierta la posibilidad, como fue dicho anteriormente, de que independientemente de la confluencia de juicios de valor y juicios de hecho en el acto de interpretación y aplicación del derecho, este tema —el de la interpretación del derecho— pueda ser tratado científicamente.

Ahora bien, lo que distingue a la interpretación científica del derecho de la interpretación que realizan los órganos jurídicos de aplicación del derecho,

es que en esta última, “...la interpretación cognitiva del derecho aplicable se enlaza con un acto de voluntad en el cual el órgano de aplicación de derecho efectúa una elección entre las posibilidades que la interpretación cognoscitiva muestra”⁶⁴, en tanto que la primera, como con posterioridad se analizará, la interpretación es, y no otra cosa, una mera determinación cognoscitiva del sentido de las varias posibles interpretaciones de las normas jurídicas aplicables a un caso concreto, en la cual, por tanto, no hay lugar para la volición, porque de la volición sólo hace uso quien por ley está facultado para interpretar y aplicar el derecho.

Véase en detalle la interpretación que realizan los órganos jurídicos de aplicación del derecho: el acto que se realiza por el intérprete en este tipo de interpretación es un acto esencialmente volitivo, es decir, de voluntad. Esta interpretación denominada por Kelsen «interpretación auténtica», en el sentido de que ésta adquiere la forma de ley por su carácter de generalidad y abstracción, crea derecho —generalmente conocido por jurisprudencia—, sentido que no pocas veces se configura al margen del marco jurídico que supuestamente da sustenta la norma aplicable, lo que demuestra el carácter también legislativo del órgano jurisdiccional; pero en los casos en que la creación de derecho de los órganos jurídicos de aplicación de derecho sea aplicable sólo a un caso concreto —a través de una norma jurídica individualizada que adquiera el carácter de cosa juzgada—, y no a todos los casos semejantes que se presenten, no es válido, en la acepción kelseniana, hablar de interpretación auténtica⁶⁵. Cabe recordar que el significado de interpretación auténtica propuesta por Kelsen, la cual sólo la pueden realizar

⁶⁴ *Teoría pura*, p. 354.

⁶⁵ *Ibidem*.

los órganos jurídicos facultados expresamente por la ley, es enteramente distinto a la calificada en esta tesis como el mito de la interpretación auténtica, muy lejana de la plantea Kelsen. También es válido recordar que ha quedado establecido por el sustentante que el término más apropiado para referirse a lo que Kelsen llama interpretación auténtica, es el de interpretación legal.

Volviendo al punto sobre la interpretación científica del derecho, con relación con su diferencia con la que realizan los órganos jurídicos de aplicación del derecho, se observan por lo menos las siguientes notas distintivas. En primer lugar, la que realizan los órganos jurídicos de aplicación del derecho crea derecho, en tanto que la interpretación científica del derecho no crea derecho, su función —como lo refiere Kelsen— es meramente cognitiva; o en otros términos, la primera es una interpretación auténtica, y no así la segunda. A la interpretación científica del derecho le es dado solamente exponer descriptivamente los diferentes sentidos que se expresen en una norma jurídica. “Como conocimiento de su objeto, no puede adoptar ninguna decisión entre las posibles expuestas, teniendo que dejar esa decisión al órgano jurídico competente⁶⁶”. Tal es la postura de Kelsen, la que solidifica con la siguiente argumentación:

“El abogado que, en interés de su parte, sólo invoca ante el tribunal una de las varias interpretaciones posibles de la norma jurídica aplicable al caso; el escritor que en su comentario caracteriza una determinada interpretación, entre varias posibles, como la única ‘correcta’, no cumple una función científica-jurídica, sino una función jurídico-política. Trata de ganar influencia sobre la producción de derecho. Naturalmente ello no les puede ser negado. Solo que

⁶⁶ *Teoría pura*, p. 356.

no deben hacerlo a nombre de la ciencia del derecho, como suele suceder con harta frecuencia⁶⁷.

Sin embargo estas palabras siguen retumbando en el vacío, sigue prevaleciendo la idea de la interpretación única, y esto es sobre lo que se machaca en las escuelas y facultades de derecho porque esto es, como el mismo Kelsen lo señala, lo que proporciona seguridad jurídica, y confianza, desde luego. Una seguridad y una confianza que entraña la simpleza y sólo se nutre de sencillos credos en blanco y negro. Y aquí no se hace referencia al ciudadano común, sino a los operadores del derecho, entre los cuales, como los abogados, tienen todo el derecho de invocar ante el juez o ante la opinión pública la interpretación del derecho que favorece a los intereses de sus defendidos; pero faltan a la honestidad intelectual —siguiendo a Kelsen— cuando lo hacen a nombre de la ciencia jurídica, y no en nombre de la política jurídica que defienden.

3.6 FACTICIDAD Y VALIDEZ. Si se acepta la tesis que se ha venido defendiendo: que en el sistema kelseniano es la *Teoría de la interpretación de la ley* donde confluyen la ciencia jurídica y la política jurídica, es decir, donde se reconcilian los juicios de valor y los juicios de hecho (el Sollen y el Sein), y en donde finalmente los elementos que le son extraños al derecho —excluidos inicialmente bajo criterios de pureza metodológica⁶⁸— también confluyen en el acto de interpretación y aplicación del derecho, luego, entonces, no es posible la aceptación de la tesis de Habermas sobre Kelsen, según la cual el positivismo jurídico kelseniano, en contraposición con la postura de los hermenéuticos jurídicos que miran hacia el contexto, invierte

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ *Teoría pura*, p. 15.

vanos esfuerzos en la búsqueda de una completud y cierre de un sistema jurídico impermeable a principios extrajurídicos. En esta manera de concebir el derecho, escribe Habermas, refiriéndose al sistema kelseniano: “La vinculación de la validez del derecho a su génesis sólo permite una solución asimétrica del problema de la racionalidad. La razón o la moral quedan subordinadas a la historia. De ahí que la interpretación positiva de la práctica de las decisiones judiciales —según Habermas, postura que quedó analizada en un punto anterior— venga a tener por consecuencia que la garantía de seguridad jurídica deje en un segundo plano a la garantía de racionalidad o rectitud normativa”⁶⁹, con lo que desde el punto de vista de este autor, “...el problema de la racionalidad queda decidido así en favor de la primacía de una historia institucional estrechamente circunscrita y purificada de todo fundamento suprapositivo de validez”⁷⁰.

Es inaceptable este punto de vista porque, como ha quedado demostrado recurriendo al discurso del mismo Kelsen, no es cierto que en el sistema kelseniano «el principio de la racionalidad de las decisiones judiciales» se privilegie en detrimento del «principio de seguridad jurídica», por lo que resulta ser falso, como en líneas adelante se demostrará, que en el referido sistema, la relación entre validez del derecho a su génesis factual en el contexto de las decisiones judiciales conlleva necesariamente solución asimétrica del problema de la racionalidad. Habermas da en el blanco cuando refiere que “...no basta con que pretensiones en conflicto se transformen en pretensiones jurídicas y por vía de una demanda ante los tribunales se decidan de forma jurídicamente vinculante...”⁷¹, sino que, además de lo anterior y de

⁶⁹ Habermas, p. 272.

⁷⁰ Ob. cit. p. 271.

⁷¹ Habermas, p. 267.

manera fundamental, es necesario que “Los fallos emitidos, para cumplir la función sociointegradora del derecho que ha de ejercer el orden jurídico [...], han de cumplir a la vez los requisitos de representar *decisiones consistentes* y de ser *racionalmente aceptables*”⁷², es esta una necesidad urgente que deberían atender los gobiernos, en donde de manera particular los conflictos jurídicos en los que se ven involucrados agentes del Estado en actos de corrupción —al menos en el caso de México donde con facilidad pueden ser verificables eventos de este tipo—, son solucionados priorizando exigencias formales y de seguridad jurídica, pero no, en lo más mínimo, el principio de racionalidad, por lo que en términos de Habermas el derecho no logra su legitimación y por tanto tampoco cumple su función «sociointegradora» que le corresponde. Pero, en contrapartida de este acierto, Habermas falla en el blanco cuando ve en el sistema kelseniano un obstáculo para el desarrollo de la hermenéutica jurídica, con lo que ciertamente sería posible dotar a las decisiones judiciales con una alta dosis de racionalidad, cuando que como ha quedado también demostrado, es Kelsen, quien al concebir los aspectos diacrónicos y sincrónicos de la producción normativa del derecho, aspectos de los cuales se deriva la producción de normas jurídicas individualizadas como producción de derecho, y además, al concebir la determinación de obligación entre una norma de jerarquía superior con respecto a la inferior sólo como una determinación relativa —no absoluta, como en las doctrinas sobre la interpretación dominantes—, indudablemente con ello Kelsen abre al camino a los hermenéuticos jurídicos cuya contribución se proporcionaría una alta dosis de racionalidad a las decisiones judiciales.

⁷² *Ibidem.*

Visto lo anterior, y con el propósito de fortalecer la argumentación a favor de que la *Teoría de la interpretación de la ley* en Kelsen constituye la categoría de mediación entre facticidad y validez en el sistema kelseniano (hipótesis 5), ahora se pasará a analizar dos conceptos hasta ahora implícitamente referidos en esta tesis, los de facticidad y validez. Antes de ello permítase una aclaración: en esta tesis se hace uso del término «facticidad» en vez de «positividad», concepto que es de mayor uso por los juristas y los operadores del derecho, ello por considerarlo más apropiado, ya que el concepto «positividad» por lo general conduce a confusiones o trampas que hacen caer en posturas *iusnaturalistas* sin tener que referir el lugar del habla para asumirlo conscientemente. Es decir, el lugar donde, a nombre la verdad, los juristas que se inscriben en la susodicha corriente construyen sus discursos sobre el derecho y la juridicidad, como el de García Máynez que enseguida se expone, la cual, dada la ausencia de la crítica en los salones de clase, con frecuencia se cae sin saber si se trata de un error o de una trampa.

Sostiene este autor que los conceptos de “...*derecho vigente y derecho positivo* suelen ser empleados como sinónimos⁷³”. Y desde luego, él considera incorrecta esta equiparación, pues asegura que “...no todo derecho vigente es positivo, ni todo derecho positivo es vigente. La vigencia —escribe— es un atributo meramente formal, el sello que el Estado imprime a las reglas jurídicas consuetudinarias, jurisprudenciales o legislativas sancionadas por él. La positividad —y esta es la diferencia que percibe García Máynez— es un hecho que estriba en la observancia de cualquier precepto, vigente o no vigente⁷⁴”. Por supuesto, García Máynez parte del supuesto de que a parte del

⁷³ García Máynez, Eduardo, *Introducción al Estudio del derecho*, p. 38.

⁷⁴ *Ibidem*.

derecho positivo hay otro derecho, quizá no positivizado por el Estado pero sí vigente en la población, el Derecho Natural. En esta tesis se sostiene un punto de vista contrario, todo derecho positivo, independientemente de que posea o no facticidad, es derecho vigente, hasta en tanto formalmente no se derogue por el órgano competente del Estado sujetándose para ello a lo previsto previamente en la ley.

Para reafirmar lo antes dicho, con el término facticidad, de *factum*, que significa hecho, acción, empresa, actos de conducta, etc., se hace referencia a la observancia del derecho en cualquiera de sus formas, ya sea que los individuos (o sujetos de derecho), bajo la amenaza de la sanción o porque internamente se identifican con el contenido del mandato, voluntariamente decidan acatar las disposiciones normativas jurídicas; o bien porque de oficio o a instancia de parte los órganos jurídicos de aplicación del derecho obliguen a que esas disposiciones atributivo-imperativas se cumplan. En cualquiera de los supuestos, la facticidad u observancia del derecho nunca podrá ser en términos absolutos, sino sólo relativa, pues una de las características más importantes de las normas sociales, entre ellas las jurídicas, es que éstas no se cumplen de una manera indefectible, como si se tratara de leyes de la naturaleza.

La existencia de la «facticidad jurídica», en mayor o menor grado, sólo es posible en el contexto de la «vigencia» y «validez» de un orden de la conducta humana, es decir, de un conjunto de normas jurídicas relacionadas entre sí que poseen como fundamento de validez y de coherencia una norma fundante básica, en términos kelsenianos⁷⁵; o como “...un conjunto de normas imperativo-atributivas que en una cierta época y en un país determinado la

⁷⁵ Ob. cit. pp. 201-204 y ss. Véase también a Kelsen en *Teoría General de Derecho y del Estado*, pp. 3-4.

autoridad política declara obligatorias⁷⁶, definición que aporta García Máynez en la que se elude el problema de la validez, el cual trata en otra parte de su *Introducción al Estudio del derecho* y en otras de sus obras. Ahora bien, desde la perspectiva kelseniana el derecho vigente y válido no es otro más que el que crea el Estado, la creencia en un Derecho Natural, cuyos principios supuestamente se derivan de la razón y son considerados eternos, inmutables y válidos para todas las épocas y todas las sociedades, y en los que para los iusnaturalistas se debe fundar el derecho positivo, es algo que para los fines de esta exposición no tiene cabida.

Como se podrá observar, de lo antes expuesto se desprende que existe una relación estrecha entre los conceptos de «facticidad», «vigencia» y «validez»; habrá que dilucidar estos conceptos, pues de ello depende la comprensión —y por supuesto, la aceptación— de la función que desempeña la interpretación de la ley como categoría de mediación entre facticidad y validez que aquí se venido argumentando a favor, pues, indudablemente, la realización de la facticidad jurídica en mayor o menor grado requiere de la vigencia y de la validez del derecho.

Que un orden jurídico sea vigente o que una norma jurídica posea vigencia, etc., significa que ese orden jurídico y/o esa norma jurídica, han sido promulgados debidamente por el órgano o los órganos del Estado facultados expresamente para crear derecho, para lo cual se deben cumplir todas las exigencias legales determinadas por el mismo derecho, pues como lo refiere Kelsen, el derecho regula su propia creación. Los requisitos formales y materiales del proceso de creación de leyes pueden variar de un sistema

⁷⁶ Ob cit. p. 37.

normativo a otro, pero independientemente de cuáles sean éstos, se han de cumplir como condición de la vigencia del derecho.

Cabe recordar que muy distinto a lo que generalmente se cree, el proceso de creación de derecho no es privativo del órgano legislativo, sino también, aunque con mayores restricciones —a diferencia del legislativo que posee un mucho mayor ámbito de libertad— del los tribunales y los órganos administrativos facultados para interpretar y aplicar el derecho; en efecto, los órganos jurídicos de aplicación del derecho también crean derecho, aunque no siempre, como se ha referido en páginas anteriores, con el carácter de generalidad y abstracción que caracteriza a las normas jurídicas.

La creación de una norma jurídica individualizada, por ejemplo, sólo vincula al sujeto sobre el cual el juez emite su sentencia, en tanto que la jurisprudencia que emite la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el caso de México, es de observancia general para todos los casos similares que se lleguen a presentar. ¿Pero en sí, cuándo inicia la vigencia de un mandato legal? Si se trata de la creación de derecho por el órgano legislativo del orden jurídico mexicano, muy parecido a otros, el inicio de la vigencia de un mandato legal comienza a partir del momento señalado por la misma ley en su respectiva publicación que debe hacerse en el Diario Oficial de la Federación, de lo contrario esa norma no es válida; pero si se trata de la creación de derecho de los órganos de aplicación del derecho, la vigencia comienza cuando cause ejecutoria la sentencia emitida por la autoridad jurisdiccional competente, cuyo términos y requisitos son también establecidos por el mismo derecho.

Vigencia y validez son conceptos diferentes, pues el hecho de constatar que una norma jurídica posee el atributo de la vigencia no significa que por ese hecho necesariamente también tenga el de la validez. Es cierto que la

vigencia es una condición de la validez, pues sin vigencia no puede haber validez alguna —a no ser que se profesen posturas iusnaturalistas. Pero a su vez, la «validez» es condición de la «vigencia», ya que una norma jurídica declarada no válida por el órgano de aplicación del derecho deja de ser vigente para quien obtiene esa sentencia, al menos desde la perspectiva de Kelsen, la postura iusnaturalista aquí no está sujeta a análisis. Es cierto también que tanto la vigencia como la validez son vinculantes, es decir, que establecen una relación jurídica de obligatoriedad, pero entre estos conceptos hay las siguientes diferencias y semejanzas: a) ambas derivan de una serie de supuestos formales jurídicamente establecidos; b) ambas también tienen lugar en una época y en un lugar determinado; pero mientras la «vigencia» es verificable empíricamente, la «validez» no es verificable de esta misma manera, pues como se ha hecho referencia, la validez de una norma jurídica no se determina por la verificación de hecho empírico, sino que se determina por la validez de otra norma jurídica de jerarquía superior perteneciente al mismo sistema, además de que esa norma haya sido producida de una determinada manera por la autoridad política competente prevista por el derecho positivo, y como condición final la validez se establece por la determinación de una norma fundante básica presupuesta.

O en palabras del propio Kelsen, para repetirlo una vez más, “...una norma jurídica no vale por tener un contenido determinado; es decir, no vale porque su contenido pueda inferirse, mediante un argumento deductivo lógico, de una norma fundante básica presupuesta, sino por haber sido producida de una determinada manera, y en última instancia, por haber sido producida de la manera determinada por una norma fundante básica

presupuesta⁷⁷. Sí ¡pero Kelsen no hace referencia alguna al problema de la validez metajurídica desde la perspectiva de la metafísica jurídica! Reproche recurrente, por que supuestamente este autor evade, y con insistencia se afirma que el problema de la validez jurídica que corresponde resolver a la ciencia jurídica queda relegado en la *Teoría pura del derecho*. A este reproche se responde en esta tesis, como ya se ha hecho en otros contextos, que no es cierto que Kelsen sólo atiende el problema de la validez del ámbito de la técnica jurídica, que también resuelve el problema de la validez metajurídica, sólo que no lo hace a partir de la metafísica jurídica, sino que hecha mano de la teoría política y la filosofía política, todo lo cual finalmente concurre en la norma fundante básica presupuesta. Desde este punto de vista, hay en Kelsen dos distintos niveles de análisis como se resuelve el problema de la validez, el primero corresponde a la esfera de la ciencia jurídica, en la cual se resuelve el problema de la validez técnica del derecho, para ello Kelsen incorpora a su sistema la *Teoría de los grados* desarrollada por Adolf Merkel, y la del segundo nivel, que corresponde a la validez metajurídica de las normas de derecho, se resuelve a través de la norma fundante básica.

3.7. FACTICIDAD, EFICACIA Y LEGITIMIDAD. Otro tanto se tiene que decir de las relaciones entre los conceptos «facticidad», «vigencia», «validez», «efectividad» y «legitimación». De entrada habrá que decir que el análisis de estos conceptos requiere necesariamente, en primer lugar, de la asunción de una postura filosófica, y en segundo, de una visión más o menos completa de la teoría de la ciencia; además de por lo menos la comprensión básica de ciertos conceptos sociológico-jurídicos, vinculados éstos a la teoría jurídica.

⁷⁷ *Teoría pura*, p. 205.

Ahora bien, por más que estos conceptos sean parte de la herramienta diaria de los operadores del derecho que cotidianamente lidian con los problemas sociales que tienen que ver con el derecho, y en donde ciertamente a veces no se les encuentran aplicación, o bien no encuadran las pre-concepciones configuradas tan sólo a partir del sentido común teórico de los juristas, vale señalar que los teóricos del derecho o los juristas, *stricto sensu*, no tienen porque descender a la esfera del *sensu común*, a no ser para la recolección de datos para su posterior procesamiento, lo que al parecer lo sugiere Leticia Bonifaz Alfonso con apoyo en Genaro Carrió y Rolando Tamayo⁷⁸. Antes al contrario. Son los operadores del derecho los que, para el mejor desempeño de su función, tienen que ascender al nivel de los juristas, pues si bien es cierto que los juristas y filósofos del derecho deben considerar para la elaboración de sus conceptos y teorías los cambios que se producen en la esfera de lo social —y de no hacerlo sus conceptos y teorías serán rebasadas por la realidad—, también lo es, y con muchas más razones, que son los operadores del derecho quienes para el mejor desempeño de su funciones tienen que ascender a las esferas de la filosofía y de la teoría de la ciencia, es decir, al conocimiento de las matrices en las que se elaboran las herramientas conceptuales de que hacen uso en su desempeño.

Hecha esta observación, ahora véase la relación que media entre los conceptos de «eficacia», «validez» y «legitimación». El concepto de legitimidad ha adquirido carta de ciudadanía en la *Teoría sociológica* y en la *Teoría política*, en términos generales este concepto hace referencia a la justificación del poder, es decir, a dar cuenta de la razón del uso del poder. La sociología comprensiva de Weber es exhaustiva en la descripción tipológica

⁷⁸ Bonifaz Alonso, Leticia. *El problema de la eficacia en el derecho*, Ed. Porrúa, 2ª edición, México, 1999, pp. 1-2.

de legitimidad de orden y de las formas de legitimidad⁷⁹; la legitimación, señala Weber, se puede obtener por diferentes vías, el derecho es una de ellas. Más adelante, en este mismo inciso, se verá la relación entre legitimidad y eficacia. Y por su parte, el concepto de «eficacia», a diferencia del de «vigencia» que como ya se dijo connota un proceso formal que da origen a la norma, hace referencia a la cualidad de una norma o de un orden jurídico, con relación a los resultados que de la norma o del orden jurídico espera el legislador. Dicho esto en un contexto más amplio, la efectividad o la eficacia se refiere, como lo señala Leticia Bonifaz, después de su inventario sobre los principales usos de este concepto, se refiere: “1) a la aplicación de la norma; b) a su obediencia, cumplimiento, acatamiento, observancia o aceptación y 3) a la realización de sus efectos o al cumplimiento de sus fines o propósitos”⁸⁰. Si, como se desprende de lo anterior, la eficacia tiene que ver con el cumplimiento y obediencia de la norma ¿podría afirmarse, entonces, que los conceptos de «facticidad» y «efectividad» se refieren a lo mismo, o significan lo mismo? La respuesta es no, en el sentido de que el concepto «eficacia», en un menor o mayor grado, es una posibilidad, en tanto que el concepto de «facticidad» se refiere específicamente al despliegue de esa posibilidad, o a su estado actual; dicho de otra manera, la eficacia es condición de la facticidad, es decir, de la realización del supuesto hipotético establecido en la norma. La diferencia de estos conceptos, entonces, salta a la vista; pero no obstante ello, salta a la vista también los vínculos que se establecen entre estos dos conceptos, los cuales ciertamente se puede confundir.

Con Kelsen, después de establecerse con claridad la diferencia entre validez y efectividad, donde no se deja duda de que la validez hace referencia

⁷⁹ Weber, Max, pp. 27-44, y 170-204.

⁸⁰ Ob. cit. p. 8.

al valor reconocido a las normas creadas por el legislador humano, no a otro tipo de normas, queda claro también que un mínimo de eficacia es condición de la validez de las normas jurídicas, lo que se ha dicho en páginas anteriores; ahora en lo que sigue, se habrá de añadir a este punto de vista el referente a la manera como Kelsen plantea el problema de la relación entre eficacia y legitimación, en lo referente a la creación de derecho.

Un mínimo de eficacia, para Kelsen, no sólo es condición de la validez del derecho. Y si esto lo es así, en un «mínimo», en un «máximo» lo es aún más, pues ésta —la efectividad— puede incluso en un momento dado bajo circunstancias específicas hasta crear derecho⁸¹. Es decir, puede ser ésta en un determinado momento ser factor decisivo para la modificación de la norma fundante básica. ¿Que sucede cuando una constitución cualquiera no es modificada según lo establecido en sus prescripciones, es decir, por la vía constitucional, sino por la vía revolucionaria, al ser cuestionada la validez del orden? A esta interrogante Kelsen responde con su concepto de efectividad, tratado al comienzo de la *Teoría pura* y después de la mitad de esta obra, entre otras partes en donde también la refiere; pero en este segundo caso analiza el concepto de efectividad en relación con el de legitimación.

Y Kelsen sabe muy bien de lo que habla, pues no se olvide que él vivió desde adentro el proceso de transformación de la monarquía austrohúngara a la República de Austria. Él tiene muy claro, y así lo manifiesta en el transcurso de toda su obra, del primado del principio de que el orden jurídico regula su propia creación; no le cabe duda que el dominio de la validez de una norma o de un cuerpo de normas puede, por diferentes circunstancias, verse limitado, sin que por ello se pierda su validez; pero a la vez, no niega la

⁸¹ *Teoría pura*, p. 218.

posibilidad de que las normas de un orden jurídico, inclusive, las de la misma constitución —aunque nunca de manera absoluta, puedan ser cuestionadas en su validez por un movimiento revolucionario, lo que traería consigo la sustitución de la norma fundante básica por otra, al respecto refiere lo siguiente:

“El principio de que la norma de un orden jurídico vale durante todo el tiempo que transcurra hasta que su validez no sea terminada en la manera determinada por ese orden jurídico— se refiere a la norma fundante básica—, o hasta que sea remplazada por la validez de otra norma de ese orden jurídico, es el principio de legitimidad⁸²”.

Y continúa su argumentación acerca de la relación que se puede establecer entre efectividad y legitimidad de la siguiente manera:

“Este principio —se refiere al de legitimidad—, con todo, se aplica a un orden jurídico estatal con una limitación altamente significativa. No tiene aplicación en caso de revolución. Una revolución, en el sentido amplio de la palabra, que abarca también el golpe de estado, es toda modificación no legítima de la constitución —es decir, no efectuada conforme a las disposiciones constitucionales—, o su remplazo por otra. Visto desde un punto de vista jurídico, es indiferente que esa modificación de la situación jurídica se cumpla mediante un acto de fuerza dirigido contra el gobierno legítimo o efectuado por miembros del mismo gobierno; que se trate de un movimiento de mazas populares, o sea cumplido por un pequeño grupo de individuos. Lo decisivo es que la constitución válida sea modificada de una manera, o remplazada enteramente por una nueva constitución, que no se encuentra prescrita en la constitución hasta entonces válida. Por regla general, con

⁸² Ob. cit. p. 217-218.

ocasión de una revolución en este sentido, sólo se suprime la antigua constitución y ciertas leyes políticamente esenciales. Una gran parte de las leyes dictadas bajo la vieja constitución permanecen, como se suele decir, en vigencia; se trata con todo, de una expresión inadecuada. Si esas leyes han de considerarse como válidas conforme a la nueva constitución, ello sólo es posible porque el gobierno revolucionario, expresamente o tácitamente, les ha otorgado validez conforme a la nueva constitución. Lo que tenemos no es una creación enteramente nueva de derecho, sino recepción de las normas de un orden jurídico por otro, similar a la recepción del derecho romano por el derecho alemán. Pero también esa recepción es producción de derecho. Puesto que el fundamento de validez inmediato de las normas receptadas conforme a la nueva constitución, revolucionariamente instaurada, no puede ser la vieja constitución suprimida, sino solamente la nueva. Por cierto que el contenido de esas normas permanece idéntico, pero su fundamento de validez, y no sólo ello, sino también el fundamento de validez de todo el orden jurídico, se ha modificado. Con la adquisición de eficacia de la nueva constitución se ha modificado la norma fundante básica, es decir, se ha modificado el presupuesto bajo el cual tanto el hecho constituyente, como los hechos realizados, conforme a la constitución, de producción y aplicación de normas jurídicas, pueden ser interpretadas⁸³. Si, pero ahora de distinta manera, pues suponiendo que la constitución antigua tenía el carácter de una monarquía absoluta, en tanto que la nueva constitución es la de una república parlamentaria, el sentido que orienta la producción de derecho, en el proceso de interpretación y aplicación de la ley, ha de ser, necesariamente completamente distinta, porque así lo es la norma fundante básica. Más o

⁸³ Ob. cit. p. 218.

menos en estos términos, pero ilustrando con ejemplos, Kelsen concluye su argumentación.

¿Pero qué sucede si el movimiento revolucionario o los golpistas no logran el éxito, es decir, si la nueva constitución no logra resultar ser eficaz en tanto que la vieja no pierde su eficacia, y por tanto, la norma fundante básica no logra tampoco modificarse y subsiste la anterior? La respuesta sería, entonces, que la recepción de derecho, obviamente por una vía no prevista por la constitución, no sería un acto de creación de derecho, y por tanto, la revolución, si tal fuera el caso, “...no sería entendida como un proceso de producción de nuevo derecho, sino como un delito de alta traición, conforme a la vieja constitución y a las leyes penales fundadas en ella y consideradas válidas. El principio que así se aplicara se denominaría de efectividad — sostiene el autor citado⁸⁴”. Kelsen concluye sosteniendo, con relación efectividad-legitimidad, que “...el principio de legitimidad está limitado por el principio de efectividad⁸⁵. Esto es, que en tanto que el derecho no carezca de la efectividad suficiente como para que su relación de conformidad con las situaciones y comportamientos reales sean más o menos acordes, o bien para que a través de sus prescripciones se logre más o menos los objetivos buscados a través del derecho, en el sentido más amplio del concepto efectividad, la legitimidad que probablemente se pudiera obtener por cualquiera de las fuentes alternas al derecho positivo, quedarán acotadas por la eficacia; al menos que la efectividad del derecho sea nula, entonces sí, aparece la legitimidad de los procesos sociales como generadores de un nuevo derecho.

⁸⁴ Ob. cit. p. 219.

⁸⁵ *Ibidem*.

3.8. LA CATEGORÍA DE LA MEDIACIÓN ENTRE FACTICIDAD Y VALIDEZ.

Con todo lo hasta aquí expuesto, que por supuesto, en algunos de sus puntos requiere de un mayor desarrollo, ya es posible arribar al reforzamiento de la argumentación planteada a lo largo del desarrollo de esta tesis, respecto a que en el sistema kelseniano la *Teoría de la interpretación de la ley* constituye la categoría de la mediación entre facticidad y validez. En el punto 3.1. de este capítulo quedó establecido cómo, en el enfrentamiento del problema de la mediación del derecho con la realidad, no es posible desatender ciertos problemas de frontera, y sobre la facilidad con que se suelen invadir los campos de estudio. También se hizo alusión a la manera como algunas autores, entre otros Gregorio Peces-Barba, han percibido este problema en el mismo sistema kelseniano, o cómo desde otros enfoques distintos, autores como Habermas han analizado este mismo problema. Pudo anticiparse además, en favor de la hipótesis 5 —lo que también quedó dicho en otros apartados—, que es en el proceso de interpretación y aplicación de la ley por los órganos de aplicación del derecho donde se establece el sentido a través de un acto de voluntad atribuido a las normas que se aplican a un caso concreto; también, toda vez que el tema central de esta tesis se constituye no sólo por el problema de la mediación del derecho con la realidad sino además el problema del conocimiento, en el punto 2 de este capítulo se abordó lo mínimo exigible sobre la noción de categoría, enfatizando la noción kantiana, dado que es ésta la matriz kelseniana,

Todo este soporte conduce ahora, ya analizados los conceptos de facticidad, vigencia, validez, efectividad y legitimación, y además ya analizada también la teoría de la interpretación kelseniana, al necesario reforzamiento de la argumentación de por qué la interpretación de la ley en

Kelsen adquiere la forma de una de las principales categorías del conocimiento del derecho, motivo por el cual ésta se constituye en mediación entre facticidad y validez. Si las categorías son formas a través de las cuales se expresa la actividad del conocimiento humano, luego entonces, en el caso del conocimiento del derecho entendido éste como norma o sistema de normas jurídicas creadas entre otros objetivos para que sean del conocimiento de sus destinatarios, resulta entonces que claro que la *Teoría de la interpretación de la ley* —y no sólo la propuesta por Hans Kelsen— aparezca como la categoría de conocimiento de las normas jurídicas, las que para ser acatadas se les reconoce una validez, independientemente de cual sea la motivación del orden social que se emplea para buscar que las conductas de los sujetos de derecho se adecuen más o menos lo prescrito por la norma.

Puede ser ésta —en términos de Kelsen— una motivación directa, en el supuesto de que la conducta desplegada conforme a la norma se determine no por el temor a la sanción prescrita por la norma para en caso de que no se cumpla por el mandato, sino porque exista una coincidencia entre los juicios subjetivos de valor contenidos en la norma y los juicios subjetivos de valor de los sujetos de derecho; o bien, en el supuesto contrario, que la conducta se lleve a cabo no por la coincidencia del destinatario de la norma con la validez de ésta —lo que en la mayoría de las veces resulta ser lo más común—, sino porque los sujetos de derecho deciden acogerse a lo prescrito por el mandato legal, aún y cuando para el receptor (o destinatario) de la norma no sea atribuible a esa norma ninguna validez, por lo que en la realización de esta hipótesis, sólo la acataría para evitar la sanción prescrita, en cuyo caso se estaría ante una motivación indirecta⁸⁶.

⁸⁶ Hans Kelsen, *Teoría General del Derecho y del Estado*, pp.17-21.

Desde luego, no son estas las únicas motivaciones específicas que pueden provocar las conductas recíprocas de los individuos estimuladas por el derecho. Sólo se ha tomado como ejemplo esta parcial tipología de Kelsen para ilustrar la manera como en la interacción humana regulada por el orden social, de una o de otra manera se establecen vínculos con el derecho y la juridicidad que obligan a los individuos a asumir actitudes valorativas; es decir, que los impulsa a atribuir validez o no validez a prescripciones heterónomas, como las normas jurídicas. Con lo que, dependiendo de la «eficacia» o «no eficacia» del orden jurídico —o bien de la «eficacia o «no eficacia» un cuerpo de leyes o de una norma en lo particular—, en mayor o menor grado se establece una relación entre facticidad y validez a través de la interpretación de la ley. Ello independientemente de cuál sea el fundamento de validez de la de normas, no necesariamente tiene que ser la norma fundante básica.

Resulta obvio que en esta relación cognitiva —entre facticidad y validez— juega un papel importante la intersubjetividad, relación que no podría producirse si no es a través de la interpretación de la ley. ¿O de qué otra forma podría ser posible conocer el sentido de los mandatos jurídicos, si no es interpretándolos?

Por supuesto, las teorías tradicionales sobre la interpretación de la ley sostienen que hay leyes tan claras que los destinatarios no necesitan interpretarlas para acatarlas. Pareciera ser que estos teóricos del derecho caminan en sentido contrario a los principios de la *Teoría de la comunicación*, pues mientras en esta área del conocimiento se sostiene que el mensaje más sencillo enviado tiene que ser interpretado por el destinatario o receptor, para poder elaborar una respuesta al emisor, en las teorías tradicionales de la interpretación de la ley —que son las que se internalizan en la conciencia de

los operadores del derecho— se sostiene lo contrario, cuando que, dada la naturaleza sistemática que caracteriza a las normas jurídicas, resulta imposible captar el sentido de una prescripción normativa si se limita la atención a una sola norma aislada.

En el fondo de esta postura tradicional sobre la interpretación de la ley subyace la reminiscencia y la añoranza del viejo pasado de las sociedades arcaicas y primitivas, en las cuales era legítimable la interpretación de la ley por medio de los oráculos, o la revelación divina, o cuando el privilegio de «decir el derecho» —tal es la definición etimológica del término *jurisdiccional*, se dijo en un apartado anterior— era facultad exclusiva del sumo pontífice y posteriormente de los nobles. Pero los tiempos son otros muy distintos, hoy la interpretación de la ley no sólo es algo privativo de los órganos jurídicos de aplicación del derecho, sino también de los particulares, quienes para obedecerla o para oponerse a ella por alguna razón necesitan interpretarla.

Es cierto que a los órganos jurídicos de aplicación del derecho corresponde establecer lo que Kelsen llama interpretación auténtica de la ley, establecer en última instancia, por un acto de voluntad, la verdad jurídica, proceso que se encuentra sujeto a múltiples coacciones; mas también los particulares hacen sus interpretaciones de la ley, correspondan o no a las realizadas por los órganos jurisdiccionales o administrativos facultados para interpretar y aplicar el derecho. Y dado a que la mayoría de los conflictos regulados por el derecho se resuelven en la esfera social o familiar, no en los tribunales, pues la autorregulación es la forma prevaleciente en que se lleva a cabo la conducta social deseada —sobre esto hay abundante bibliografía—, resulta entonces que la interpretación que de la ley hacen los particulares para ajustar sus conductas más o menos a las prescripciones normativas, es la que

suele mediar más con la facticidad que la validez establecida por los tribunales.

3.9. LOS ESTUDIOS DE LA SOCIOLOGIA JURÍDICA SOBRE LAS DECISIONES JUDICIALES. Si lo más normal, en las decisiones judiciales, es que una norma superior consuetudinaria de carácter político, no de carácter jurídico, es la que en mayor o menor medida influye en dichas decisiones judiciales que emiten los jueces —según tesis de Kelsen—, puesto que no es posible que ninguna norma jurídica, independientemente de su jerarquía dentro del sistema jurídico, sea capaz de determinar de manera absoluta la regulación del acto por medio del cual se produce una norma jurídica individualizada creada por el juez en el acto de la interpretación y aplicación de la ley a un caso concreto, entonces, cuáles son esos factores metajurídicos contenidos en esa norma superior de carácter consuetudinario de naturaleza política que influye sobre el juez en el desempeño de su función jurisdiccional, la cual, en términos de Óscar Correas consiste “...en elegir entre varias interpretaciones posibles, y producir, por un acto de voluntad, una norma individual”⁸⁷, pues además, como bien lo refiere también Kelsen, las normas legales positivas no son el único factor de influencia sobre los jueces en la construcción de la verdad legal, o en el establecimiento de las decisiones judiciales.

⁸⁷ *El otro Kelsen*, p. 53. Tal vez, sin proponérselo, a través de su lectura de Kelsen Óscar Correas proporciona la mejor definición de lo que significa la función jurisdiccional. Cuando en la bibliografía tradicional se hace referencia a este concepto, de inmediato y con toda seguridad se recurre a la significación proporcionada por la locución latina: Jurisdiccional, de iurisdictio, decir el derecho o interpretar al derecho, locución que de inmediato remite a los contextos históricos en los que el rey, el pontifice, el magistrado pretor, etc., correspondía decir cuál era el derecho o interpretar el derecho, según la dirección que tomaban las aves, las nubes, o según si las gallinas querían comer o no. Interpretación que desde luego era única, no varias posibles, y no había posibilidad alguna de objeción.

Pues bien, para dar respuesta a la interrogante anterior, entre los factores metajurídicos que influyen en la constitución del contenido de la norma superior consuetudinaria de naturaleza política —que no jurídica— a que se ha hecho referencia, norma que a su vez de una o de otra manera influye en las decisiones judiciales que emiten los jueces, indudablemente se encuentran, entre muchos otros: a) las ideologías, que en poco o mucho estructuran la personalidad de los jueces; b) creencias religiosas de muy diversa índole; c) las creencias morales, también de muy diversa índole; d) la estructura familiar en la cual se formaron los jueces; e) la mayor o menor autonomía de poder judicial, dependiendo del sistema de gobierno de que se trate; f) la extracción social de los jueces; g) el perfil profesional de los jueces; h) los criterios utilizados para su selección; i) los altos o bajos índices del fenómeno de la corrupción, dependiendo de la sociedad de que se trate; j) las políticas jurídicas implementadas por los gobiernos para el control de las conductas de los integrantes del poder judicial, en el caso de México a través de consejos de la judicatura; k) el índice —alto o bajo— de la participación ciudadana, cuya vigilancia o no-vigilancia de la *res pública*, de una u otra manera también influye sobre el comportamiento de los funcionarios judiciales; l) los medios de comunicación, y de manera muy particular los electrónicos, que en el caso particular de la sociedad mexicana ha influido mucho más que la participación ciudadana sobre el desempeño de los funcionarios judiciales.

Dar respuestas concretas a los anteriores cuestionamientos, es decir, a las interrogantes sobre qué variables de las antes mencionados influyen en mayor o menor medida en el desempeño profesional de los operadores del derecho de la sociedad mexicana, específicamente sobre aquellos que tiene que ver con las decisiones judiciales (o con la procuración de justicia), es algo que en esta tesis no es posible satisfacer por no ser este su objeto, pues para

ello se requerirían investigaciones de campo sobre la realidad concreta que se desee conocer, cosa que desde hace varias décadas ha cobrado interés en distintas partes del mundo y ha sido objeto de estudios por la sociología de la política y de la sociología del derecho, de manera particular en los países europeos y en los Estados Unidos.

En México este interés prácticamente es nulo. No existe demanda para la producción de conocimientos en el campo de la sociología del derecho; ello a pesar de que últimamente ha surgido una exigua oferta, por parte de investigadores de diferentes universidades del país⁸⁸. Y a pesar también de que con la reforma constitucional que entró en vigor el primero de enero de 1995 se creó la institución denominada Consejo de la Judicatura del Poder Judicial Federal, y a que siguiendo las directrices de esta reforma en otros Estados de la República se han creado organismos semejantes, por medio de los cuales, según se desprende de sus objetivos, se busca la modernización y profesionalizar de la administración de la justicia.

Y a pesar también, de lo cual no existe ninguna duda, de que con el desarrollo de la democracia la oposición en el Congreso de la Unión y en los congresos de los Estados ha podido llegar a ser una fuerza considerable, a grado tal de que las iniciativas de ley del titular del ejecutivo ya no se aprueban, por lo general, como en el pasado, tan sólo con base al cumplimiento de formas legales, sino que cada vez se exigen mayor deliberación; pero no obstante estos rasgos del perfil de la nueva política mexicana, de todos estos cambios aún no se deriva una demanda de

⁸⁸ Se hace referencia concretamente al Programa de Investigación Científica sobre Sociología del Derecho, el cual se constituye por una red de investigadores que tiene su sede en la Facultad de Ciencias Políticas de la UNAM que es coordinada por Óscar Correas. Su propósito es proporcionar servicios a los poderes judiciales de los Estados.

investigaciones científicas en el campo de la Sociología del Derecho o Sociología de la política, pues las iniciativas de ley no se elaboran aún con base al desarrollo de trabajos de campo, sino con base a meras intuiciones de los legisladores.

En cambio, sobre todo en Europa y en los Estados Unidos, las investigaciones que abordan el problema de la excesiva duración de los litigios, la percepción que del «valor» de la legalidad y la justicia tienen los justiciables, de manera particular las investigaciones sobre los jueces —como bien refiere Renato Treves—, desde los años treinta y 40 del siglo XX han sido las que por primera vez en muchos países han abierto el camino a las investigaciones de la Sociología del Derecho⁸⁹.

Por ejemplo, las investigaciones de G. Schubert son referidas por Renato Treves como de las más importantes en los estudios a fondo del problema de las decisiones de los jueces en general y de las decisiones de los jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos en particular. En la primera de ellas, *Quantitative Analysis of Judicial Behavior*, publicada en 1959, “...explica entre otras cosas que la indeterminación de algunas normas constitucionales y el constante cambio de las situaciones sociales crean siempre nuevos problemas relativos a la elección de valores y a su realización por medio del derecho⁹⁰”.

En otras de sus obras, como *The Judicial Mind: the Attitudes and Ideologies of Supreme Court Justices* (1965), *The Political Role of the Courts; Judicial Policymaking* (1965), y *The Judicial Mind Revisited. Psychometric Analysis of the Supreme Court Ideology* (1974), “...en las que el autor ha

⁸⁹ Véase a Treves, Renato. *Introducción a la sociología jurídica*, [Tr. Manuel Atienza], Ed. Taurus, España, 1978, pp. 154-205.

⁹⁰ Renato Treves, p. 176.

podido especificar aún mejor las motivaciones políticas que determinan las decisiones jurisprudenciales sirviéndose de las metodologías más perfeccionadas de que el científico social puede disponer hoy en virtud de los progresos de la tecnología y de las computadoras electrónicas. En una de estas obras, Schubert explica, por ejemplo, que el sistema de valores que caracteriza a cada juez individual está determinado por el ambiente familiar en el que ha crecido, por la educación recibida, por los estudios realizados, por la experiencia profesional, etc.; explica además que atendiendo a la votación de los jueces se dividen en dos grupos contrapuestos, el de los liberales y el de los conservadores, y cómo en esta contraposición emergen tres diversas actitudes según que el liberalismo o el conservadurismo sean de carácter político, económico y social; explica finalmente cómo las previsiones del proceso de decisiones pueden realizarse tomando como base algunas clases de variables. Pone de manifiesto así que la variable más amplia y difusa es la del ambiente político, y observa después que las variables culturales determinan el ámbito de variación de las variables relativas a las características personales, las cuales a su vez influyen sobre las actitudes que determinan las decisiones⁹¹”.

Otro ejemplo proporcionado por Renato Treves respecto a las investigaciones empíricas en el campo de la Sociología del Derecho, entre otros, es el que se refiere a la extracción social de los jueces y sus vínculos con la política y el poder político, realizada por Juan José Toharia España. “...En cuanto a su extracción social —revela esta investigación— [...] más de la mitad de los jueces provienen de un ambiente constituido por personas que ejercen las profesiones legales o que forman parte del aparato burocrático.

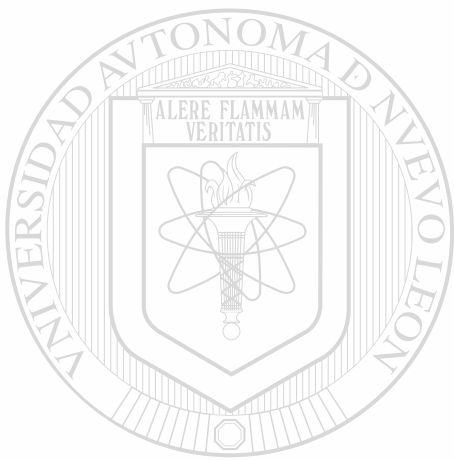
⁹¹ *Ibidem*

Casi ninguno proviene, por el contrario, de la clase obrera o del mundo campesino”⁹².

Ahora bien, con relación a la vinculación de los jueces españoles al poder político, Toharia observa con acuciosidad que “...en los años de la dictadura de Primo de Rivera la esfera de competencia de los tribunales militares había tenido una expansión sin precedentes y que en 1931, con la llegada de la segunda república, la competencia de los tribunales militares fue rápidamente reducida a sus límites naturales. En aquel año —escribe—, comienza una nueva era para la magistratura española que se renueva y se abre hacia los ideales democráticos, eliminando de su seno a un cierto número de elementos monárquicos y reaccionarios que son jubilados por la autoridad en base a la ley republicana de 1932. Pero la nueva era democrática dura pocos años y la situación sufre enseguida un cambio radical con la guerra civil y con la instauración del régimen franquista. En el primer período de ese régimen, que va de 1936 a 1945, los jueces fueron sometidos a los mismos mecanismos de control y de depuración a que fueron sometidos los otros funcionarios del Estado. Se les exigía un juramento de adhesión incondicionada al «caudillo» y se suspendió toda garantía de inamovilidad. Además, se reservó a los excombatientes el 50 por 100 de los puestos vacantes de la administración pública, incluidos los de la carrera judicial. Tales medidas no sirvieron, sin embargo, para incidir sensiblemente sobre el proceso de depuración (sólo el 5 por ciento del total de los jueces fue depurado), y ello se debió ante todo a la fundamental apoliticidad que caracteriza el universo mental de⁹⁹ la magistratura española y además al hecho de que el orden judicial durante la guerra civil estuvo escasamente implicada en la lucha

⁹² Renato Treves, p. 183.

política”⁹³. Tal es una apretada síntesis de la participación de los sociólogos del derecho en el campo de las decisiones judiciales, con quienes Kelsen mantuvo siempre cordiales relaciones.



UANL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

®

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

⁹³ Treves, Renato, pp. 183-184.



6
UANL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

®

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

CAPÍTULO SEXTO

LA *QUAESTIO FACTI* Y LA *QUAESTIO IURI*

1. IMPLICACIONES Y COMPLICACIONES ENTRE LA *QUAESTIO FACTI* Y LA *QUAESTIO IURIS*. 2. ORACIONES DECLARATIVAS Y CONSTITUTIVAS. 3. LAS DECISIONES JUDICIALES POSEEN UN CARÁCTER CONSTITUTIVO, NO DECLARATIVO.

1. IMPLICACIONES Y COMPLICACIONES ENTRE LA *QUAESTIO FACTI* Y LA *QUAESTIO IURIS*. En este último capítulo se analizarán sólo algunos de los principales problemas que involucra la relación entre la *quaestio facti* y la *quaestio iuri*, nociones en las que descansa la diferencia establecida por Kelsen entre el Sollen y el Sein, y por tanto, la diferencia establecida por este autor entre ciencia jurídica y política jurídica.

Como se desprende de lo expuesto y analizado en los capítulos segundo y tercero, la oposición kelseniana entre el mundo de los hechos y el mundo de las normas creadas por los hombres, necesariamente conlleva a que desde del punto de vista cognitivo se asuman dos posiciones distintas. La primera ante el mundo del ser o de lo fáctico —o *quaestio facti*—, ante el cual se asume una posición descriptiva, y la segunda ante el mundo del deber ser o de las normas —o *quaestio iuri*—, en el cual la posición asumida no es declarativa sino meramente constitutiva.

Es cierto que para Kelsen, desde los *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*, el ser y el deber ser son tan inconfundibles como

irreconciliables. El deber ser es concebido rigurosamente sólo desde el punto de vista de la lógica formal, es decir, como forma, o como algo totalmente distinto al ser, por lo que —sostiene Kelsen— el deber ser no es identificable con ninguno de los contenidos del ser¹. Pero también es cierto que la evolución del pensamiento kelseniano que conduce a la configuración última, que no la definitiva, de su *Teoría pura del derecho* en un lapso de por lo menos 60 años de vida intelectual, paulatinamente va alejándose de su concepción original influida notablemente por Simmel; a grado tal de que, como se sostiene en esta tesis, los juicios de hecho «o del mundo del ser» y los juicios de valor o del «mundo del deber ser», concurren en el acto de interpretación de la ley para producir, con base en una norma general y en un acto de voluntad que corresponde éste al «mundo del ser», una norma individual que como tal corresponde al «mundo del deber ser». Y no podría ser de otra manera, ello por más que los críticos de la *Teoría pura del derecho* se incomoden porque Kelsen faltó a su propósito —que por supuesto, sólo ellos perciben a partir de una lectura parcial y no integradora de la obra de este

¹ “No podremos —escribe Kelsen al respecto—, especialmente, aunque se haga con frecuencia, hacer pasar al deber ser por una voluntad, es decir, por un proceso psíquico-real”. La voluntad, en efecto, forma parte del mundo del ser, es un acaecer psíquico y, por tanto, algo substancialmente distinto del deber ser. La voluntad no puede ser nunca un deber ser, como no puede serlo el acto, y por idénticas razones. Del mismo modo que debo obrar en tal o cual sentido, puedo deber querer hacerlo. Puedo querer algo, sin deber quererlo. Y puedo, así mismo, deber hacer algo, sin querer hacerlo. Y puede muy bien ocurrir que esta contradicción entre mi voluntad y mi deber se revele claramente a mi conciencia; no me pase desapercibida. La conciencia de que debemos hacer algo no puede confundirse, sustancialmente, con la voluntad de hacerlo. Ni siquiera en los casos en que queremos hacer lo que debemos; mucho menos, naturalmente, cuando queremos una cosa plenamente conscientes de que debiéramos querer la contraria. Finalmente, el hombre puede *deber querer*; lo que no puede es *deber deber*, ya que ello sería, lógicamente, tan absurdo como el *querer querer*” (Kelsen, Hans, *Problemas capitales*, p. 9).

autor— de dedicarse única y exclusivamente a la descripción del derecho positivo.

La verdad es que, como quedó expuesto en el capítulo primero de esta tesis, la asunción de una postura formalista como abstracción básica de la ciencia jurídica, que es lo que hace Kelsen, no significa soslayar del derecho como ciencia, las implicaciones y complicaciones entre la *quaestio facti* y la *quaestio iuri*. Pero además, como también quedó debidamente expuesto en el capítulo segundo con relación al discurso de la neutralidad ideológica, el lenguaje del derecho no es otro más que el lenguaje natural, por tanto el lenguaje del derecho es un lenguaje abierto, no cerrado como el de las matemáticas, y corresponde a los órganos jurídicos de aplicación del derecho cerrar este lenguaje con la aplicación de las normas jurídicas, ello al establecerse en el acto de interpretación la relación silogística entre la *quaestio iuri* (premisa mayor) y la *quaestio facti* (premisa menor) para fundar en derecho una decisión judicial o administrativa cualquiera. Es en este acto donde confluyen en la persona del juzgador los juicios de valor de distinta índole, y son estos juicios de valor los que influyen en la elección de una entre varias interpretaciones correctas para fundar una decisión judicial cualquiera. La teoría de la interpretación de la ley de Kelsen, no tiene nada de formalista, como aseguran sus críticos.

2. ORACIONES DECLARATIVAS Y CONSTITUTIVAS. En lo que sigue se reforzará lo ya expuesto en el capítulo cuarto respecto que para Kelsen las resoluciones judiciales poseen un carácter constitutivo, no declarativo. Pero no sin antes dejar de señalar que de acuerdo a la postura epistemológica del profesor vienés, todo conocimiento posee un carácter constitutivo, pues como ha quedado escrito, para Kant y los neokantianos, de donde procede la matriz

del pensamiento kelseniano, en el proceso de conocimiento el sujeto cognoscente posee un carácter activo, es decir, crea sus propios marcos conceptuales y construye su propio objeto de estudio, su propio mundo.

A la ciencia jurídica —dice Kelsen— sólo le corresponde “...describir las normas jurídicas producidas por actos de la conducta humana, así como las normas que mediante esos actos son aplicadas y obedecidas, y al hacerlo describe las relaciones constituidas mediante esas normas jurídicas entre los hechos por ellas determinados²”. Para reafirmar lo anterior, a esto hay que agregar lo siguiente: desde el punto de vista de la epistemología kelseniana, los conceptos de la ciencia del derecho que posibilitan describir las normas jurídicas, son producidos de manera constitutiva.

Volviendo al punto, el proceso de descripción de las normas jurídicas que se hace a través de la ciencia del derecho ha sido interpretado por los estudiosos de Kelsen —y al parecer el mismo autor de la *Teoría pura del derecho* así lo percibe— como una actividad meramente cognitiva³, ello en razón de que al establecerse la distinción entre las oraciones «declarativas» de los enunciados jurídicos que expresan la *quaestio facti* y las oraciones «constitutivas» de las normas jurídicas producidas por los órganos de derecho que expresan la *quaestio iuri*, queda claro que las primeras hacen referencia al «ser así» del esquema de explicitación conceptual de la naturaleza determinado como jurídico por un acto de derecho, por lo que como tal, en el plano de la epistemología kelseniana su «estructura», considerada ésta como inmanente, requiere de procedimientos de reconocimiento descriptivos; en

² *Teoría pura del derecho*, p. 84.

³ Sobre las dudas epistemológicas sobre la relación de la *quaestio facti* y la *quaestio iuris*, véase a Tecla Mazzaresse en *Nósis, Revista de Ciencias Sociales y Humanidades de la Universidad Autónoma de Ciudad Juárez*, Vol. 9, número 18. Enero/junio de 1992, pp 173-196.

tanto que en el mismo plano de la epistemología kelseniana, las segundas expresan un «hacer soberano» o una mera decisión —no-descripción— discrecional o arbitraria de los sujetos que por un acto de derecho, están facultados para producir y/o aplicar el derecho. No obstante, es pertinente recalcar una vez mas que en la epistemología kelseniana, toda vez que el objeto de conocimiento se construye por el sujeto que conoce, la actividad cognitiva de la ciencia, cualquiera que ésta sea, no sólo la del derecho, también posee un carácter constitutivo.

Dicho lo anterior con otras palabras, los enunciados declarativos describen hechos que son empíricamente contrastables, y con este tipo de enunciados no se interviene sobre la realidad con el propósito de modificarla, sino tan sólo describirla tal cual es, explicarla, hablar de ella como es, no como se quisiera que sea, por eso se dice que los enunciados declarativo son enunciados que expresan la *quaestio facti*; en tanto que los enunciados constitutivos se refieren no sólo a aquello que es producto de una decisión tomada, sino también del resultado de un proceso de decisión por convención de un proceso de actividad cognitiva con base a las reglas de la lógica. Tal es la base teórica sobre la cual descansa la *teoría de la interpretación de la ley*, propuesta por Kelsen, que en el anterior capítulo se analizó.

3. LAS DECISIONES JUDICIALES POSEEN UN CARÁCTER CONSTITUTIVO, NO DECLARATIVO. En la teoría kelseniana los enunciados constitutivos y declarativos se conjugan para construir y/o reconstruir lógicamente la ciencia jurídica⁴, o para la constitución de una política jurídica determinada; pero no

⁴ Sin embargo, los críticos de Kelsen insisten en querer ver en la Teoría del Derecho del profesor vienés sólo oraciones declarativas, no constitutivas, lo que es visto como una inconsecuencia. Mario Losano, por ejemplo, titula el capítulo V de su libro *Teoría pura del derecho evolución y puntos cruciales*, “De la

para la formulación de las decisiones judiciales, pues en términos de Kelsen esta actividad que realizan los jueces no posee un carácter declarativo, sino meramente constitutivo, no declarativo, pues como se recordará, la determinación de un acto jurídico por cumplirse no efectuada en la norma jurídica, jamás se obtiene mediante un mero acto «cognitivo», sino mediante un acto de «volitivo». Y no se olvide que ninguna norma jurídica de jerarquía superior posee una determinación absoluta sobre la inferior a aplicar, la determinación posible es siempre relativa.

Pero en cambio, en la actividad del proceso cognitivo que conlleva a la construcción o reconstrucción lógica de la ciencia jurídica, debido a que ésta como conocimiento del derecho produce su propio objeto, la descripción o la *quaestio facti*, aparece como un proceso previo a la constitución que lleva al resultado del conocimiento, pues tampoco se olvide que al menos desde la matriz kantiana, de la cual Kelsen es deudor intelectual, todo conocimiento posee un carácter constitutivo.

No se puede desconocer, entonces, con todo y las dudas epistémicas sobre las múltiples y sinuosas relaciones y complicaciones entre la *quaestio facti* y *quaestio iuri* a que hace referencia Tecla Mazzaresse —las cuales tienen que ver tanto con el ámbito de la descripción de las normas jurídicas como con el ámbito de las decisiones judiciales— que Kelsen es claro y a la vez contundente al afirmar que “...las normas jurídicas no constituyen proposiciones, esto es, enunciados declarativos sobre un objeto dado al

interpretación, o sea de cómo describir una prescripción”, PP. 111-134. En este capítulo, del cual aquí se han hecho algunas citas, arremete contra Kelsen porque en su *Teoría pura del derecho* hace uso no sólo de las oraciones descriptivas, sino también de las prescriptivas, crítica que desde luego, pasa por alto el carácter constitutivo de la epistemología kelseniana, lo que exige necesariamente la participación en el *corpus* teórico de Kelsen tanto del uso del lenguaje descriptivo como el prescriptivo.

conocimiento”⁵, pues de ser así éstos serían falsos o verdaderos, en vez de ser cómo lo son realmente, a saber, validos o no válidos.

No es así, epistemológicamente los enunciados jurídicos son —como quedó debidamente establecido— enunciados constitutivos aunque lógicamente aparezcan como declarativos. Y de acuerdo al sentido que éstos expresan, son mandamientos que buscan ser obedecidos, «ordenes», «imperativos», pero además de esto son permisiones y autorizaciones, mas en ningún caso las normas son información instructiva o indicativa como lo son los enunciados de las ciencias fácticas. “El derecho ordena, permite, faculta; no informa”⁶. “Son proposiciones condicionales que expresan que, conforme a un orden jurídico, nacional o internacional, dado al conocimiento jurídico, deben producirse ciertas consecuencias determinadas por ese orden, bajo determinadas condiciones que el orden jurídico determina”⁷.

Otro tanto se puede decir, para arribar a la parte final de esta extensa exposición, de la diferencia de las funciones propias de la ciencia jurídica y las de la política jurídica en la *Teoría pura del derecho*, lo cual Kelsen establece a partir de la diferenciación de la *quaestio facti* y la *quaestio iuri*. “En la diferencia entre enunciado jurídico (*quaestio facti*) y norma jurídica (*quaestio iuri*) se expresa la distinción entre la función del conocimiento jurídico, y la función, enteramente distinta, que cumple la autoridad jurídica representada de la comunidad jurídica. La ciencia del derecho tiene que conocer el derecho por decir así, desde afuera, y fundándose en ese conocimiento, describirlo. Los

⁵ Ibidem.

⁶ Ibidem.

⁷ Ibidem.

órganos jurídicos tienen, como autoridad jurídica, ante todo que producir el derecho para que pueda luego ser conocido y descrito por la ciencia jurídica”⁸.

Por supuesto, los órganos de producción y aplicación del derecho para realizar su función específica deben conocer el derecho —escribe Kelsen más adelante—, pero puesto que la autoridad política que produce y aplica el derecho cumple una función esencialmente política, que no de conocimiento del derecho, ese conocimiento no es lo esencial de su función.

Y con mayor énfasis, a partir de su postura de que la ciencia no debe mezclarse con la política, es decir, que la ciencia se debe apartar de la política pero no así la ciencia de la política, puesto que la elaboración de la ley, función de la autoridad política, puede y debe echar mano de la ciencia, y a partir también del esclarecimiento de que la opinión del justiciable o el jurisconsulto de que una determinada ley es inconstitucional o no, ya que la autoridad legal es la única autorizada para decidir si dicha ley es inconstitucional o no, Kelsen sostiene, con relación a la función de los tribunales, que las decisiones judiciales normalmente se ven determinadas por una norma superior —una ley o una norma consuetudinaria— que la función legislativa por la constitución”⁹. Lo que inmediatamente justifica, desde el punto de vista de la posibilidad real de la interpretación, pues “...la norma legal superior siempre deja cierto margen de decisión, mayor o menor, a la decisión creadora de derecho de los tribunales; y en ese margen de decisión, la decisión judicial recibe influencias que no son únicamente las normas legales positivas”¹⁰.

⁸ *Teoría pura*, p. 85.

⁹ *Ciencia y política*, pp. 272-273.

¹⁰ *Ibidem*.

CONCLUSIONES

PRIMERA. La primera conclusión que se deriva de esta tesis es el descubrimiento de una gran paradoja en el discurso de los críticos del pensamiento kelseniano. En distintos textos y contextos ésta paradoja consiste en el reproche lanzado contra una «teoría del derecho declaradamente pura» —la de Kelsen— por prescindir de la realidad, recurriendo para ello a estratagemas «logicistas» que dan forma a la construcción y cierre de un sistema que es refractario a principios metajurídicos (M. G. Losano y Jörgen Habermas, por ejemplo), y por otra parte, el reproche lanzado también a esa misma teoría pura por sustituir en las decisiones judiciales ese mismo «logicismo» por un acto de voluntad del juez o del legislador.

SEGUNDA. Este tipo de “críticas” que resultan ser paradójico tiene su origen, por una parte, en que no se analiza en su conjunto la obra de Kelsen, sino sólo parte de ella —es muy común que se hable del sistema kelseniano cuando en realidad sólo se hace referencia a la *Teoría pura*, y esta obra ciertamente es la más importante de Kelsen, pero ella sola no constituye la totalidad del pensamiento kelseniano (o el sistema de Kelsen)—, y por la otra, en que cada cual ve a Kelsen sólo a través de sus anteojeras, la lógica, el psicoanálisis, la teoría política, la Teoría del Derecho Natural, etc., queriendo encontrar en el fundador de la Escuela de Viena algo que justifique su postura ante algo, o bien, queriendo hacer uso de sus proposiciones sólo como contraejemplo de la postura en la cual se inscribe, lo que tal vez sea legítimo,

pero esta manera de abordaje no posibilita descubrir la riqueza que hay en la ciencia jurídica, filosofía jurídica y teoría política, desarrolladas por Hans Kelsen.

TERCERA. Como parte de la prospectiva que arroja esta investigación sobre la interpretación de la ley en Kelsen como categoría de la mediación entre facticidad y validez, se encuentra la conveniencia de realizar próximas investigaciones a cerca del sentido de la noción de «sistema» explícita o implícitamente en la obra de este pensador, ello en virtud de que este concepto resulta ser el más usado por los críticos del extinto profesor austriaco para descalificar sus aportes, supuestamente por ser inconsistentes con respecto a la construcción de su propio sistema. En muchas de esas críticas, implícitamente se habla del sistema kelseniano en el sentido de un sistema lógico o matemático, el que como tal no debe tener el menor contacto con la facticidad, y a la menor referencia del autor de la *Teoría pura del derecho* al «Sein» (realidad), como en el caso de su tesis de que un mínimo de eficacia de las normas es condición de su validez, de inmediato se califica de inconsecuencia.

Y es así como a partir de presuposiciones —puesto que la idea de sistema en Kelsen es la menos explorada—, se establecen formulaciones en el sentido que la de Kelsen no es una *Teoría del derecho*, sino tan sólo una ciencia del derecho (Óscar Correas); o bien, que se trata solamente presuposiciones filosóficas equivocadas (posturas iusnaturalistas); o en otros casos, como el de Losano, para quien la *Teoría pura* no constituye ni una ciencia jurídica ni una ciencia del derecho, sino una metaciencia, dado que no sólo hace uso de un lenguaje descriptivo, sino también prescriptivo, en cuyo caso esa metaciencia kelseniana resulta ser también inconsistente.

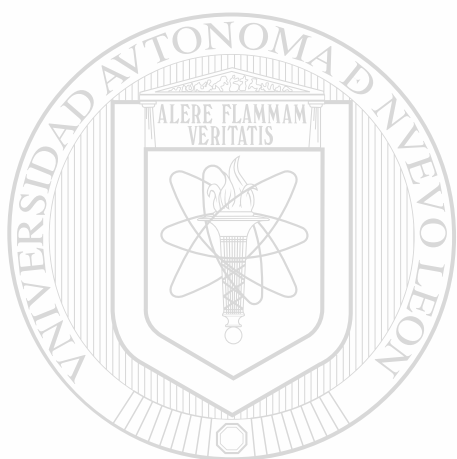
CUARTA. No obstante la ausencia en esta tesis de un análisis específico acerca de la noción de sistema en Kelsen, puesto que como se dijo

anteriormente esto es parte de lo que arroja su prospectiva, implícitamente sí se encuentra en el cuerpo de la misma la idea de sistema en Kelsen como «sistema teórico» estructurado lógicamente, es decir, integrado por conceptos y presuposiciones relacionados entre sí que en su visión de conjunto orienta la investigación del derecho, posibilitan la formulación y reformulación de problemas. Ahora bien, en cuanto a los conceptos que dan forma y estructura a la teoría de la interpretación de Kelsen, como quedó expuesto en el cuerpo de esta tesis, también son parte del sistema, pues dada la unidad conceptual del sistema kelseniano que metodológicamente parte de la escisión entre el Sollen (deber ser) y el Sein (Ser), éste posibilita, en el acto de interpretación, que es donde se da a través de la teoría de la interpretación el proceso de mediación entre facticidad y validez, su posterior conjunción, de lo que resulta que lejos de que la teoría de la interpretación esté fuera del sistema kelseniano, es precisamente ésta la que posibilita cerrar el sistema.

QUINTA. Lo referido en las dos primeras conclusiones prueba que la *Teoría pura del derecho* desarrollada por Kelsen, en un largo proceso que transcurre entre 1911 a 1973, todavía, en el inicio del siglo XXI, constituye el más importante paradigma de la ciencia jurídica, pues si en vez de anomalías e inconsistencias y de conjeturas y refutaciones —en términos de Popper— sus críticos hablaran de la existencia en esta teoría de verdades exactas, acabadas y absolutas, no se estaría hablando de ciencia jurídica, sino de teología, y mucho menos, en tal caso, sería la *Teoría pura del derecho* un baluarte para el progreso y desarrollo de la ciencia del derecho.

SEXTA. Según las investigaciones del jurista italiano Mario G. Losano, realizadas desde su muy particular interés de la lógica jurídica, en el Kelsen de los años 60 al 73 del siglo XX hubo un viraje del logicismo al irracionalismo, esto es, que el autor de la *Teoría pura del derecho* jamás pudo ser convencido

de que las decisiones judiciales se derivan de las reglas lógicas, pues el siempre sostuvo que éstas se derivan de un acto de voluntad, por lo que el desarrollo actual del pensamiento kelseniano por sus seguidores habrá de considerar las investigaciones sobre la relación entre «derecho» y «poder», esto con relación a las investigaciones sobre el sentido de la expresión acto de voluntad, el cual, en el transcurso del desarrollo teórico de Kelsen que inicia con los *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*, aparece como una constante.



UANL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN



DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA Y CITADA

Aladár Métall, Rudolf, *Hans Kelsen, vida y obra* [Tr. Javier Esquivel], Ed. - Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM,- México, 1976.

Basave Fernández del Valle, Agustín, “*Fundamentos y esencia del derecho - Internacional*”, en *Derecho y sociedad*, revista del -- Colegio de Abogados de Nuevo León, A. C., año 2, Número 2, 1999.

Bobbio, Norberto, *El problema del positivismo jurídico* [Tr. Ernesto Garzón Valdés], Ed. Fontamara, 2ª. edición, México, 1992.

Bonifaz Alonso, Leticia, *El problema de la eficacia en el derecho*, Ed. Porrúa, 2ª edición, México, 1999.

Cisneros Fariás, Germán, *La interpretación de la ley*, Ed. Trillas, 2ª. edición, México, 1999.

Correas, Óscar (compilador), *El otro Kelsen*, Ed. Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, Serie G: Estudios Doctrinales, Núm. 122, México, 1989.

Metodología jurídica, una introducción filosófica I, Ed. Fontamara, México, México, 1997.

Introducción a la crítica del derecho moderno (esbozo), Ed. Universidad Autónoma de Puebla y

Universidad Autónoma de Guerrero, Col.. Crítica
Jurídica, México, 1982,

Costa, Fausto, *El delito y la pena en la historia de la filosofía* [Tr. Mariano
Ruiz-Funes], Ed. UTEHA, México, 1953.

De Aguiar, Roberto, A. R., *Direito, poder e opressão*, Ed. Alfa-Omega, São
Paulo, 1980.

Durand, Gilbert, *Las estructuras antropológicas de lo imaginario* [Tr. Mauro
Eco, Umberto, *Signo* [Tr. Francisco Serra Cantarel], Ed. Labor, 2ª. edición,
Barcelona, 1980.

Foucault, Michel, *Historia de la sexualidad. 1, La voluntad de saber*, Editorial
Siglo XXI, 7ª. edición, México, 1981.

Microfísica del poder [Tr. Julia Varela y Fernando
Álvarez-Urría], Ed. Ediciones de la Piqueta, 2ª.
edición, Madrid
Armiño], Ed. Taurus Ediciones, España, 1982.

Friedrich, Carl Joachim, *Filosofía del derecho* [Tr. Margarita Álvarez Franco],
Ed. Fondo de Cultura Económica, México, México,
1969.

García Máynez, Eduardo, *Ensayos filosófico-jurídicos, 1934-1979*, Segunda
Edición corregida y aumentada, UNAM, Col. Textos
Universitarios, México, 1984.

Introducción al estudio del derecho, Ed. Porrúa, 27ª.
Edición, México, 1977.

Georg Maier, Franz, *Historia universal del siglo XXI, las transformaciones
Del mundo mediterráneo, siglos III-VIII Vol. 9* [Tr. –

Pedro Viadero], Editorial. Siglo XXI, 3^a. ed., Madrid, España, 1975.

Habermas, Jürgen, *Facticidad, y validez, sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso* [Tr. Manuel Jiménez Redondo], Ed. Trotta, Col. – Estructuras y Procesos, Madrid, 1998.

Hamurabi, Rey de Babilonia, *O código de Hamurabí* [Introdução, tradução do Original cuneiforme e comentários de E. Buzon], Ed. Petrópolis Vozes, Brasil, 1980.

Kant, Immanuel, *Crítica de la razón pura* [Tr. Manuel García Morente y Manuel Fernández Núñez], Ed. Porrúa, México, 1987.

Principios metafísicos de la doctrina del derecho, Ed. Universidad Autónoma de México, Col. Nuestros Clásicos, No. 33, México, 1978.

Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho* [Tr. de la 2^a. Ed. Roberto J. Vernengo], Editorial Porrúa, México, 1979.

Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado (Desarrollados con base a la doctrina de la proposición jurídica), [Tr. De la segunda edición del alemán, Wenceslao Roces], Ed. Porrúa-IIIJ de la UNAM, México, 1987.

Teoría general del derecho y del Estado [Tr. Eduardo García Máynez], Ed. UNAM, Col. Textos Universitarios, México, 1979.

La idea del derecho natural y otros ensayos [s/Tr.], Editorial Nacional, México, 1979.

¿Qué es justicia? [Tr. Albert Calsamigla], Editorial Ariel, México, 1992.

Socialismo y Estado, una investigación sobre la teoría política del marxismo [Tr. Alfonso García Ruiz], Ed. Siglo XXI, México, 1978.

Teoría general del Estado [Tr. Luis Lagas y Lacambra], Editora Nacional, 15ª. edición, México, 1979.

“*Acerca de las fronteras entre el método jurídico y el sociológico*”, en *El otro Kelsen*, pp 283-317.

“*Dios y El Estado*”, en *El otro Kelsen*, pp. 243-266.

“*Ciencia y política*”, en *¿Qué es justicia?*, pp.244-283.

“*Absolutismo y relativismo en filosofía y política*”, en *¿Qué es justicia?*, pp. 113-125.

King, P. D., *Derecho y sociedad en el reino visigodo* [Tr. M. Rodríguez Alonso], Ed. Alianza Editorial, Madrid, España, 1981, pp. 43-44.

Koyré, Alexander, *Estudios de historia del pensamiento científico* [Tr. del - - ®

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS
francés, Encarnación Pérez Sedeño y Eduardo Bustos], Ed. Siglo XXI de España Editores en condición con Siglo XXI Editores, 3ra. edición, México, 1980,

Lakatos, Imre y Musgrave, Alan, *La crítica y el desarrollo del conocimiento* [Tr. Francisco Hernan], Ediciones Grijalbo, 2ª. Ed., Col. Teoría y Realidad, No. 8, España, 1975.

Larenz, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho* [Tr. Marcelino Rodríguez Molinero], Ed. Ariel, 2ª. edición, Barcelona-

Caracas, México, 1969

Le Goff, Jacques, *Historia universal, siglo XXI, La baja edad media*, Vol. 11 [Tr. Lourdes Ortiz], Ed. Siglo XXI, 11ª. edición en castellano, México, 1981.

Losano, Mario G., *Teoría pura del derecho, evolución y puntos cruciales* [Tr. Jorge Guerrero R.], Ed. Temis, Bogotá, Colombia, 1992.

Los grandes sistemas jurídicos, Introducción al Derecho europeo y extranjero [Tr. Alfonso Ruiz Miguel], Ed. Debate, Madrid, 1982.

Mazzarese, Tecla, “*dudas epistemológicas acerca de las nociones quaestio facti y quaestio iuri*”, en *Nóesis, Revista de Ciencias Sociales y Humanidades de la Universidad Autónoma de Ciudad Juárez*, Vol. 9, número 18. Enero/junio de 1992, pp 173-196.

Montesquieu, *Del espíritu de las leyes* [Tr. Nicolás Estévanes], Ed. Porrúa, Col. Sepan Cuantos, 6ª. edición, México, 1985.

Ossorio, Angel, *El alma de la toga*, Ed. Oriando Cárdenas Editor, 2ª. Edición México, 1998.

Pallares, Eduardo, *El derecho deshumanizado*, Ed. Botas, México, 1944.

Pashukanis, E.B., *La teoría general del derecho y el marxismo* [Tr. Carlos Castro] Ed. Grijalbo, México, 1976.

Peces-Barba, Gregorio, *Introducción a la filosofía del derecho*, Ed. Debate, Col. Universitaria, 2ª. Edición, Madrid, 1984.

Petit, Eugene, *Tratado elemental de derecho romano* [Tr. de la 9ª. edición francesa, José Fernández González], Editora Nacional, México, 1969.

Piaget, Jean, *Epistemología de las ciencias humanas* [Tr. Hugo Acevedo], Ed. Proteo, Buenos Aires, 1973.

Radbruch, Gustav, *Introducción a la filosofía del derecho* [Tr. Wenceslao Roces], Ed. Fondo de Cultura Económica, Col. - - Breviarios, No. 42, México, 1985.

Rousseau, Jean Jacques, *El contrato social* [Tr. Enrique Azcoaga], Ed. Sarpe, Madrid, 1983.

Sánchez Vázquez, Adolfo, *Ensayos marxistas sobre filosofía e ideología*, Ed. - Océano, Barcelona, España, 1983.

Tigar Michael E. y Levy, Madeleine R., *El derecho y el ascenso del capitalismo* [Tr. Nicolás Grab], Ed. Siglo XXI Editores, 2ª. edición, México, 1981.

Treves, Renato, *Introducción a la sociología del derecho* [Tr. Manuel Atienza], Ed. Taurus, Madrid, España, 1978.

Warat, Luis. A., "El saber crítico del derecho y un punto de partida para una epistemología de las significaciones", en *Derecho y Sociedad*, revista del Colegio de Abogados de Nuevo León", núm. 2, año 2, México, 1999.

Weber, Max, *Economía y sociedad, esbozo de sociología comprensiva* [Tr. José Medina Echeverría, Juan Roura Parella, Eugenio Imaz, Eduardo García Máynez y José Ferrater Mora], Ed. Fondo de Cultura Económica, 2ª. edición española, México, 1964.

