Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3832

VI. DIFERENCIAS EN CUANTO A LA TAREA

La comparación de ambas teorías se facilita si se recurre a la distinción ya apuntada en la exposición, entre la ciencia jurídica propiamente dicha y la teoría general o filosofía del derecho.

1.1 Recapitulando lo dicho anteriormente con relación a la ciencia del derecho se observará que la función primordial que le atribuía Kelsen era la de "representar" o, como escribió en su etapa de Norteamérica, "describir" los órdenes jurídicos particulares e históricos (nacionales e internacionales). Como parte de esa labor el jurista establecerá los posibles significados de las normas jurídicas, toda vez que se rechaza la tesis de que existe una y sólo una interpretación correcta de las mismas. Esta descripción del derecho positivo, que incluye la interpretación de sus normas[1] no se lleva a cabo de cualquier manera y Kelsen señala, como es común entre los juristas doctrinarios, que tal descripción ha de ser "sistemática". Se sugiere entonces que la descripción de un orden jurídico positivo, o parte de él, sea hecha en un conjunto de enunciados que se encuentran sistematizados, que formen un sistema y no un simple agregado. Esto haría posible el conocimiento del derecho y facilitaría su aplicación. Infortunadamente Kelsen y con él la mayoría de filósofos y teóricos del derecho, no coinciden ni son muy explícitos en aclarar lo que entienden por "describir" y menos por "sistematizar".[2]

Kelsen acepta otras formas de conocimiento científico del derecho tales como inquirir por las causas políticas y económicas del contenido de un orden jurídico determinado. Se puede también comparar los contenidos de los órdenes jurídicos con objeto de adquirir ciertos "tipos jurídicos".[3] Lo anterior equivale a un reconocimiento implícito de la posibilidad de una sociología jurídica y de una ciencia del derecho comparado, distinguibles en la medida en que la primera requiere un método causal que no se utiliza en la segunda. En este sentido se infiere que la ciencia jurídica en forma estricta o dogmática está en el mismo nivel metodológico que la ciencia del derecho comparado y que no se ocupa para nada de las relaciones causales entre el derecho y la sociedad.

De las funciones comúnmente atribuidas a las ciencias —describir, explicar y predecir—, la dogmática jurídica parece limitarse a la descripción sistemática. La explicación pertenece al mundo de las ciencias causales, mientras que la ciencia jurídica es una ciencia del espíritu que no utiliza la

[1] Recordar que la diferencia entre describir e interpretar es gradual.
[2] Alchourrón y Bulygin [I], p. 67.
[3] Kelsen [XVII], p. 611.

DR © 1980. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNÁM

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3832

categoría de la causalidad.[4] Respecto a la predicción, relevante en la comparación con Ross, algunos pasajes revelan la postura del creador de la teoría pura. En primer término la predictibilidad se confina al ámbito de las decisiones jurídicas de los tribunales, ya que no se plantea respecto a la creación de futuras normas generales. En segundo lugar es calificada como exigencia político-jurídica vinculada con la seguridad jurídica. Como sólo pueden aplicarse las normas generales elaboradas por la legislación y por la costumbre, los ciudadanos pueden, más o menos, predecir las consecuencias jurídicas de su conducta. Empero, esto último sólo es factible hasta cierto grado, dado que las normas generales no predeterminan totalmente a las normas individuales y a que son susceptibles de varias interpretaciones. Si se añade la tesis última respecto a las "determinaciones alternativas", es claro que la predictibilidad es decididamente reducida.[5]

La determinación positiva de las tareas de la dogmática implica el rechazo decidido de otras actividades que los juristas han llevado a cabo tradicionalmnte y que van más allá de la simple descripción. Las tareas críticas de señalar los defectos del orden jurídico y las creativas de proponer soluciones para tales defectos, caen para Kelsen fuera del campo científico para incorporarse a la política y a la moral.

1.2 Las ideas de Ross respecto a la ciencia del derecho no son muy diferentes de las de Kelsen. Si bien distingue dos ramas principales del estudio del derecho —la ciencia del derecho y la sociología jurídica—, al subdividir la primera habla de una dogmática jurídica o ciencia del derecho en sentido estricto, de una historia del derecho y de una ciencia del derecho comparado. La primera de ellas corresponde muy bien a la disciplina especificada en la teoría pura, ya que su tarea básica es "descubrir el contenido de las normas jurídicas vigentes" y exponerlo "como un sistema integrado".[6] Tampoco se precisa aquí, sin embargo, en qué consistiría la sistematización, dejando al lector con una idea intuitiva de sistema.[7].

Al deslindar la dogmática jurídica de las otras ramas de la ciencia del derecho y de la sociología jurídica, emplea criterios más precisos que los que pudieran encontrarse en la teoría pura cuando ésta se refiere a tales disciplinas. En estas formulaciones no se recurre a categorías como ser y deber ser, todas serían estrictamente hablando ciencias empíricas en estrecha interconexión. La propia dogmática jurídica, aunque se ocupa de ideas normativas lo hace bajo el supuesto de que están vigentes, supuesto que sólo la sociología jurídica puede verificar. Dogmática y sociología jurídicas son inseparables en tanto el derecho consiste en ideas normativas y fenómenos en acción. La política jurídica es, a su vez, reducida a una rama de la

[4] Kelsen [XX], p. 161.
[5] Kelsen [XXVIII], pp. 951 y ss.
[6] Ross [II], pp. 19 y ss.
[7] *Ibid.*, p. 197, donde dice que el orden y conexión con que se presenta el material "están dispuestos según un plan definido".

DR © 1980. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3832

sociología jurídica: la sociología jurídica aplicada.[8] Estas diferencias con Kelsen obedecen a los principios filosóficos de carácter empirista que niegan la existencia de ciencias normativas, pero el alcance de esta tesis es, como se vio anteriormente, muy reducido. La dogmática de Ross es una ciencia que describe normas y no únicamente hechos.

Igualmente rechaza Ross que tal ciencia postule o exprese normas. La tarea de proponer normas jurídicas corresponde a la política jurídica que no es sino sociología jurídica aplicada. En este ámbito el límite de la racionalidad son los fines o valores últimos que se encuentran fuera del ámbito del conocimiento científico.[9] La ciencia sólo informa entonces de las condiciones existentes, de las posibles consecuencias de una decisión y de las técnicas adecuadas para lograr los fines deseados. Este panorama no se aparta mucho de las convicciones fundamentales de Kelsen, a quien se reconoce como un defensor infatigable de la separación entre ciencia y polética.[10] Sin embargo, aunque reconoce que las directivas de la política jurídica no son afirmaciones científicas sino "consejos o recomendaciones" no va tan lejos como Kelsen cuando cree en la posibilidad de una ciencia "pura", libre de todo pragmatismo, de toda decisión valorativa y de toda actitud emocional. Con "incomodidad" se opone a la tesis kelseniana, a la cual considera verdadera para la ciencia como idea pero no como profesión. La eliminación de todo pragmatismo, por ejemplo en la interpretación, y de las restantes impurezas, es imposible en la práctica, aunque el límite ideal entre ciencia y política se mantenga claro.[11] Esta actitud es, en principio, más abierta que la kelseniana, pero no es del todo claro que represente mucho más que la introducción de la distinción entre la práctica y la teoría, lo que es la ciencia y lo que debería ser idealmente. El modelo de ciencia de Kelsen no es cuestionado en sus tesis básicas.

En un punto pareciera existir una diferencia importante entre las teorías en cuestión y es el de la tarea predictiva. Este objetivo no lo asigna Ross, sin embargo, directamente a la ciencia jurídica estricta o dogmática. Más bien pareciera que, con ayuda de la sociología jurídica, esto es, con el conocimiento de los fenómenos en acción, se podrían "predecir las decisiones jurídicas".[12] Tales predicciones son, por otra parte, consecuencias inevitables de la formulación de enunciados que afirman la vigencia de una norma jurídica, ya que éstos tienen como "contenido real" una predicción acerca de los tribunales. Decir que una norme N está vigente equivale a decir que si se dan en el futuro las condiciones de su aplicación, los jueces resolverán en el sentido que ella dispone. Claro está que esta predicción no puede aspirar sino a una "certeza considerable" y nunca a una "certeza absoluta".[13] Además, estas predicciones, como casi todas las predicciones en cien-

[8] Ross [II], p. 24.
[9] *Ibid.*, pp. 24 y 45 y ss.
[10] *Ibid.*, pp. 308 y ss.
[11] *Ibid.*, pp. 327 y ss.
[12] *Ibid.*, p. 20.
[13] *Ibid.*, pp. 41 y ss.

DR © 1980. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3832

cias sociales, tienen un efecto sobre los propios acontecimientos futuros y son por tanto un acto político. En este punto la ciencia jurídica es inseparable de la política jurídica.[14]

Conviene destacar que las predicciones se limitan a la creación de normas jurídicas individuales, en especial, a las sentencias judiciales, punto en el que hay una coincidencia con Kelsen. Igual concordancia se nota en los límites que ambos conceden a las predicciones. En el fondo, la común aceptación de la función predictiva no deriva en ningún caso de la utilización de un modelo de ciencia explicativo que utilice leyes generales, sino que se deriva del hecho de que tal función puede llevarla a cabo quien conoce las normas jurídicas vigentes, esto es, quien sabe el contenido semántico de las interpretaciones usadas por los tribunales, dado que se presupone en ambas teorías que la existencia (o vigencia) de las normas implica la eficacia general del sistema jurídico al que pertenecen. Dado este presupuesto no hay, en principio, dificultad en inferir las probabilidades de una decisión jurídica futura, a partir del conocimiento de las normas vigentes. Tampoco puede negarse que esta tarea, además de proporcionar información sobre el futuro, representa no sólo una manifestación de control racional sobre él sino que es, como dice Kelsen, el cumplimiento de una exigencia de la seguridad jurídica. Además de ser una posibilidad teórica es considerada como un valor.

Queda entonces la duda de si Ross añadió una nueva dimensión a la ciencia jurídica o sólo explicitó la conclusión de que una disciplina que se ocupa del derecho positivo vigente, inevitablemente informa, en alguna medida, sobre el futuro comportamiento de los tribunales.[15] Aun siendo verdadero esto último, el enfoque de Ross por su carácter empírico y realista es más abierto a la posibilidad de una relación entre la ciencia jurídica y la sociología del derecho.

Además de las semejanzas y diferencias, puede decirse que ambas teorías se enfrentan a cuestiones comunes que no resuelven satisfactoriamente. La primera de ella es la relativa a la "sistematización" que lleva a cabo la ciencia jurídica. Ninguno de los modelos ofrece una explicación de cómo se haría, ni cuáles son sus límites. En una obra reciente, los profesores Alchourrón y Bulygin presentan una caracterización detallada de lo que podría ser una sistematización entendiéndola como la construcción de un sistema axiomático. Incluso señalan que los dogmáticos pueden hacer una "reformulación" de las normas que estudian a condición de conservar las mismas consecuencias jurídicas del material original sobre el que trabajaron. En otras palabras, no se señalarán defectos ni se harán sugerencias o modificaciones, para mejorar el sistema jurídico.[16] Sin embargo, esta tarea, como lo reconocen los autores en cuestión, está muy lejos de lograr la sistematización de un orden jurídico nacional, tarea que parece prácticamen-

[14] *Ibid.*, p. 48.

[15] Se habla del estudio dogmático de un sistema jurídico positivo vigente, ya que podría estudiarse el derecho romano sin que ello implicara ninguna predicción.

[16] Alchourrón y Bulygin [I], cap. V.

DR © 1980. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3832

te imposible. De este hecho se sigue que la tarea de "describir" un sistema jurídico, aun sin aludir a sus normas individualizadas, es una tarea impracticable. Estos objetivos son alcanzables cuando se trata de grupos más o menos reducidos de normas jurídicas.

Estos problemas prácticos llevan a que uno se pregunte si esta es la tarea de la ciencia del derecho. La doctrina tradicional mantenía la creencia de que la dogmática jurídica no tenía una función ni crítica ni creadora, y este modelo es el que subyace en las teorías positivistas que se comentan. En este punto, los críticos han señalado que tal modelo se parece poco a la actividad que de hecho realizan los juristas y que, además, las ventajas que ofrecería un esquema semejante distan mucho de ser claras.[17] Al elaborar la teoría pura, Kelsen ha racionalizado las bases ideológicas de la dogmática jurídica, dice Carrió.[18] Esta afirmación puede extenderse a Ross casi exactamente con el mismo alcance, sosteniendo que intenta reconstruir racionalmente las tesis y presupuestos implícitos en la dogmática jurídica tradicional. Aunque Ross advierte que la mayoría de los juristas no se limitan ya a describir el derecho vigente, sino que pretenden influir en las decisiones jurídicas futuras, mantiene la tesis de que tales afirmaciones son directivas y no trasmiten conocimientos.[19]

2.1 Aunque la distinción entre teoría general del derecho y dogmática jurídica no es mantenida siempre con claridad en la obra de Kelsen, se sabe que es aceptada, por lo cual puede usarse en la confrontación. Dados los resultados anteriores, la atención se dirigirá ahora a las tareas de la teoría general.

2.1.1 Haciendo a un lado provisionalmente la cuestión metódica de si los conceptos jurídicos fundamentales son descubiertos, construidos o inventados, existe la convicción entre los tratadistas de que su formulación definitiva corresponde a la teoría general del derecho y no a las disciplinas jurídicas particulares. Es relativamente claro que cualquier doctrina acerca de tales conceptos supone, además de una teoría acerca de lo que son los conceptos, ciertas tesis respecto a lo que se entiende por "jurídico" y por "fundamental". Desgraciadamente en este punto, como en muchos otros, Kelsen no explicita las concepciones filosóficas que presiden sus tareas teórico jurídicas.[20] A partir de los textos del jefe de la Escuela de Viena

[17] C. S. Nino, pp. 38 y ss.

[18] *Ibid.*, pp. 34 y ss.

[19] Ross [II], pp. 45 y ss. Concepción más reciente de la teoría del derecho y de la dogmática jurídica les asignan un papel crítico que va más allá del reconocido por el positivismo. Véase A. Kaufmann, en particular los ensayos de Hassemer y Paul, así como el ensayo de R. Wiethölter. En estos autores es notoria la influencia de la teoría crítica de la sociedad de J. Habermas.

[20] Es bien sabido que sus raíces filosóficas se encuentran en el neokantismo, pero esta filosofía se encontraba dividida en dos corrientes —Escuela de Marburgo y Escuela de Baden— y, además, se sabe que muchos otros pensadores influyeron en las concepciones lógicas y epistemológicas de Kelsen; así por ejemplo, se encuentran referencias a Simmel, Wundt, Sigwart, Mach, etcétera, pero también se ha mencionado cierta influencia de

DR © 1980. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3832

se puede, sin embargo, dar una idea de los criterios requeridos para que un concepto tuviese carácter jurídico. La posición misma de la "pureza" metódica y del positivismo jurídico apoyan la tesis de que los conceptos jurídicos tienen que referirse a la forma y contenido de las normas jurídicas positivas, aunque no necesariamente se encuentren expresamente en ellas, puesto que es posible que sean elaborados por la ciencia jurídica. Aun en este último caso tendrían que ser conceptos que se refieren a las normas jurídicas y no a los fenómenos psicológicos y sociales que tuviesen relaciones con ellas, ni a valores que pudieran servir para enjuiciarlas.

Los motivos o intenciones de las autoridades creadoras de derecho y los deseos o intereses de los individuos sometidos al mismo, sólo podrán entrar en los conceptos en la medida en que se manifiesten dentro del material producido por el proceso creador de derecho. Enfáticamente añade Kelsen: "Lo que no pueda encontrarse en los contenidos de las normas jurídicas positivas no puede ser introducido en un concepto jurídico." [21] La eliminación de conceptos metajurídicos —psicológicos, sociológicos y axiológicos—, innecesarios para la construcción del lenguaje de la ciencia del derecho no debe confundirse con la distinción que se hace entre los conceptos jurídicos y otros conceptos de la lógica o de la filosofía, que son indispensables en la construcción de cualquier ciencia. Estas ideas no pasan, por otra parte, de ser más bien intuitivas dado que, entre otras cosas, la inexistencia de una ciencia jurídica suficientemente desarrollada impide señalar criterios precisos para la delimitación de un vocabulario privativo de esta disciplina, a tal grado que no resulta exagerado afirmar que el lenguaje de la ciencia del derecho es simplemente el lenguaje ordinario acompañado de algunos tecnicismos.[22]

Si con respecto al criterio distintivo entre lo que es un concepto jurídico y lo que no lo es, no se ha pasado de una etapa semi-intuitiva, lo mismo sucede con relación al carácter de "fundamental" que se asigna a algunos de los conceptos jurídicos. En una de las pocas ocasiones en que Kelsen habla expresamente de los conceptos jurídicos fundamentales indica que son aquellos "con los cuales se puede concebir intelectualmente y describir cualquier Derecho".[23] Ellos hacen posible, lógica y epistemológicamente, la elaboración de una ciencia jurídica encargada de la descripción y sistematización de los órdenes jurídicos positivos y, en esa medida, tienen un alcance y una validez universales. Son, en palabras de Kelsen, indispensables para la comprensión y descripción de todo derecho posible. Aunque

Husserl y Vaihinger. Véase sobre todo R. Treves, quien enfatiza la influencia de Cohen; M. Losano, Bobbio [III], y Walter [I].

[21] Kelsen [XIII], p. xiii.

[22] Véase Carnap [IV], p. 241 y desde una perspectiva del lenguaje ordinario A. W. B. Simpson [I], pp. 545 y ss. En estas condiciones parecería que la tarea se reduce a una selección más o menos juiciosa de los conceptos usados en las varias disciplinas jurídicas particulares. Además es cuestionable que el propio Kelsen sea fiel a su "pureza conceptual" y no introduzca nociones que van más allá de la forma y contenido de las normas, por ejemplo la de eficacia.

[23] Kelsen [XVII], p. 611.

DR © 1980. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3832

no lo dice expresamente, es lícito suponer que su carácter fundamental se justifica además porque, dada su máxima generalidad, se encuentran supraordenados a los demás conceptos jurídicos que, de algún modo, tienen que ser definidos con ayuda de los fundamentales. Kelsen expresa claramente la pretensión de que con ayuda de tales conceptos es posible "dominar epistemológicamente la enorme profusión del material jurídico", así como el deseo de la teoría pura de capturar "el material que le es dado, en un sistema de conceptos lo más preciso y exhaustivo posible".[24] Todo lo anterior reclamaba su carácter formal.

Las tareas impuestas al aparato conceptual construido por una teoría general del derecho habían conducido a sus principales exponentes a subrayar el carácter formal que deberían tener tales nociones.[25] En ellos, como en Kelsen, la influencia kantiana es notoria y la distinción forma-materia está inspirada en las tesis del filósofo de Königsberg. Sin embargo, el autor de la teoría pura se expresa con mayor reserva a este respecto, puntualizando que el contraste entre forma y contenido es problemático y relativo, por lo que hay que "ser cuidadoso con el uso de la palabra 'formalismo' ".[26]

En el apartado relativo al método utilizado para obtener estos conceptos, se verá qué significa asignarles un carácter formal y hasta qué punto era una caracterización satisfactoria.

Todavía puede señalarse otra propiedad de los conceptos jurídicos fundamentales, la cual es afirmada por Kelsen sin dar mayores explicaciones. Además de tener validez universal, los conceptos deberán constituir un "sistema lógicamente cerrado".[27] Esto parece significar que las definiciones de dichos conceptos estarán lógicamente conectadas de manera que alguna o alguna de ellas servirán como axiomas de los cuales pueden deducirse las restantes. Otra interpretación más plausible sería la de postular que la relación lógica entre los conceptos que integran el sistema es una relación de subsunción o inclusión, conforme a la cual los conceptos están dispuestos jerárquicamente a través de la relación de inclusión entre clases y sin que las proposiciones que definen un nivel puedan deducirse de las que definen el nivel superior.[28] De cualquier manera, es obvio que la teoría pura no se encuentra ni siquiera parcialmente formalizada y que por ello, a pesar de la clara intención de su autor de jerarquizar sus conceptos, no es posible señalar cuáles son exactamente sus relaciones. Así, por ejemplo, es notorio que el concepto de sanción sirve para definir a los de deber y res-

[24] *Ibid.*, p. 627. En Stammler, p. 180 se señalaba ya que los conceptos jurídicos fundamentales habían de tener una "completitud exhaustiva".

[25] En ese sentido se declararon principalmente Stammler, pp. 6 y ss. y 181 y ss. y Somló en su *Juristische Grundlehre*. En relación con este último, véase la exposición de García Máynez [II], pp. 138 y ss., quien presenta también la tesis de Austin, indicando que reconoció el carácter necesario de los conceptos jurídicos fundamentales, pero no su carácter formal. *Ibid.*, p. 153. Sobre esto puede verse también a Azuara.

[26] Kelsen, *op. cit.*, p. 626.

[27] Kelsen [III], p. 959. También Stammler había hablado ya de un sistema cerrado, p. 180.

[28] Para la distinción véase Bunge, p. 100.

DR © 1980. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3832

ponsabilidad, pero la búsqueda de un concepto clave lleva a una cierta disparidad en la perspectiva de la teoría. Por un lado, se dice que el concepto de norma es el "concepto fundamental de todo conocimiento jurídico",[29] dando a entender que el enfoque deberá partir de las partes más simples —norma, norma jurídica y sus elementos—, aunque también en otras partes parece que se opta por una óptica opuesta que procedería a partir de lo más complejo, diciéndose que el concepto de sistema jurídico es imprescindible para entender la naturaleza del derecho, objetivo que es inalcanzable "si limitamos nuestra atención a una sola norma aislada".[30]

La frase que señala que el sistema de conceptos ha de ser "lógicamente cerrado" parece insinuar, no sólo que existen ciertas relaciones lógicas entre los conceptos, sino que tal sistema es "completo" en el sentido de contener todos y sólo los conceptos jurídicos fundamentales. Esta exigencia no debe confundirse con la mencionada anteriormente en el sentido de que el sistema de conceptos debe ser lo más preciso y exhaustivo posible. Esta última alude a la adecuación de los conceptos para el cumplimiento de su tarea y deja abierta la posibilidad de un perfeccionamiento, mismo que parece exceptuado de un sistema calificado de completo. Esta noción apunta ya a la característica de validez universal y de unicidad de un aparato conceptual. Sin embargo, la posición de Kelsen es suficientemente flexible para aceptar modificaciones en su teoría. Así, en el prólogo a la última edición reconoce que el constante aumento de la multiplicidad de contenidos de los órdenes jurídicos positivos, hace que una teoría general del derecho corra siempre el peligro de no captar todos los fenómenos jurídicos mediante los conceptos fundamentales determinados por ella. Algunos, escribe, resultan muy estrechos, otros muy amplios: "Estoy consciente de tal peligro y por tanto agradeceré sinceramente toda crítica en este sentido".[31] Estas aseveraciones admiten la posibilidad de precisar los conceptos para hacerlos más adecuados; de ahí a permitir la introducción de nuevos conceptos, o la eliminación y sustitución de otros no hay sino un paso gradual.

2.1.2 Podría creerse que otra tarea de la teoría pura es determinar la forma o estructura de las normas jurídicas, o, en otras palabras, formular una teoría de las normas jurídicas.[32] En realidad no es aventurado decir que el análisis lógico de las normas jurídicas produce como resultado una serie de elementos estructurales, ilícitos y sanción, así como un conjunto de funciones normativas tales como el deber jurídico, la responsabilidad, el derecho subjetivo, la competencia, etcétera. En la medida en que tales elementos y sus relaciones constituyen los conceptos jurídicos fundamentales, o algunos de ellos, se concluye que el análisis de la estructura y función de la norma jurídica está dentro de la tarea de la determinación de

[29] Kelsen [XVII], p. 612.
[30] Kelsen [XIII], p. 1; Raz escribe que la definición de "una norma jurídica" requiere previamente de una teoría del sistema jurídico y que Kelsen fue el primero en insistir en ello [I], p. 2.
[31] Kelsen [XX], p. vii.
[32] Véase F. Kaufmann [II], p. 385.

DR © 1980. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3832

los conceptos jurídicos fundamentales y no es una tarea propiamente diferente.[33]

2.1.3 Al dividir la teoría pura en dos disciplinas, Kaufmann habló de una "teoría de las normas jurídicas", encargada de proporcionar las condiciones que habían de satisfacer las normas para ser consideradas jurídicas y una "teoría de la estructura del derecho", que investigaría los criterios que han de satisfacer las normas jurídicas para pertenecer a un orden determinado.[34] Por lo que se refiere a la primera, se ha mostrado que es una tarea que cabe perfectamente dentro de la construcción y análisis de los conceptos jurídicos básicos. En cuanto a la segunda, constituye efectivamente una tarea primordial de la teoría pura del derecho, "dirigida al análisis estructural del derecho positivo, más que a la explicación psicológica o económica de sus condiciones o a la evaluación moral o política de sus fines." [35]

Este cometido, que ha quedado detallado en páginas anteriores, puede concebirse sin ninguna dificultad como la elucidación de la noción de sistema jurídico. En el curso de tal elucidación se revela como indispensable el análisis concomitante de la noción de norma jurídica, en tanto elemento básico del sistema; de la noción de validez, como expresiva del tipo de relaciones que se constituyen entre los elementos del sistema; del concepto de norma básica como fundamento de la validez y como criterio de unidad y pertenencia de los elementos. La inclusión del concepto de eficacia plantea, sorpresivamente, un tipo distinto de relaciones constitutivas del sistema, ya que no se trata de relaciones entre los elementos del sistema jurídico, es decir, entre normas, sino que hace referencia a relaciones causales de tales elementos con el medio social en que se encuentra, por así decirlo, el sistema.

En la medida en que la eficacia de un sistema jurídico se juzga por el grado en que es "obedecido y aplicado", es insoslayable la conexión con las conductas humanas del grupo social en el que existe dicho sistema. Curiosamente las relaciones que a su vez tiene el medio social, incluyendo aquí las condiciones políticas y económicas, con los elementos del sistema, no son consideradas como tema de la teoría pura, sino más bien de la sociología y la política jurídica. Si se llama estructura del sistema, tanto a las relaciones de sus elementos entre sí, como a las relaciones entre el medio y los elementos, es claro que el análisis del concepto de sistema jurídico muestra que las nociones de medio y estructura son partes integrantes de dicho concepto.[36]

[33] No se juzgará aquí sobre la posibilidad de construir todos los conceptos jurídicos fundamentales a partir de un análisis de la norma jurídica estática; sin embargo, parece difícil prescindir de la perspectiva dinámica que consideraría las cuestiones de las relaciones entre las normas, relaciones que parecen indispensables para comprender nociones como la de derecho subjetivo, órgano, competencia, y, no se diga ya para las de validez, norma básica y sistema jurídico.

[34] F. Kaufmann [II], p. 385.

[35] Kelsen [XIII], p. xiv.

[36] Algunas ideas sobre sistemas las debo al doctor M. Bunge.

DR © 1980. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3832

Las reflexiones anteriores indican algunos puntos en que la investigación puede continuarse. Uno de ellos es la compatibilidad de los análisis estático y dinámico que lleva a cabo la teoría pura. Publicaciones de los discípulos de Kelsen, en particular de Robert Walter, muestran que con relación al concepto mismo de norma jurídica, la teoría pura maneja en realidad dos conceptos, uno estático y uno dinámico.[37] Esto se conecta con una observación hecha anteriormente en el sentido de que es urgente conciliar un enfoque que parte de la noción estática de norma jurídica —conexión de ilícito y sanción—, con otro desarrollado a partir de la idea de sistema jurídico, en el cual la noción de norma dinámica abarca toda una cadena de supuestos que incluyen normas dependienes y la ejecución de un acto coactivo como consecuencia. En otras palabras, se trataría de compaginar lo que la teoría llama la "nomoestática" con la "nomodinámica".

Otro punto aconsejable sería introducir en el análisis del concepto de sistema jurídico las cuestiones relativas a las relaciones entre los elementos del sistema y el medio en que se encuentran. La teoría pura introdujo ya, de algún modo, estas conexiones mediante las nociones de positividad y de eficacia. Por último, muchos conceptos de la teoría no son estrictamente jurídicos y presuponen una teoría general de los sistemas normativos ya apuntada por Kelsen. Tal es el caso de sus análisis de los conceptos de deber ser, norma, proposición normativa, validez, norma básica, sistema normativo, etcétera. En todos ellos no se oculta el hecho de que son igualmente aplicables al estudio de la moral y otros órdenes reguladores de la conducta humana. Todo lo anterior permite concluir que la tarea de la teoría pura aquí expuesta no se aparta de los objetivos de la filosofía como elucidación de conceptos y creación de teorías generales o modelos conceptuales.

2.1.4 Se había dicho en un principio que otra de las finalidades de la doctrina de Kelsen era ofrecer una teoría de la interpretación. Antes de consignar las líneas generales de la misma, es conveniente una delimitación previa.

La doctrina tradicional afirmaba como una de las tareas de la dogmática jurídica la interpretación del derecho positivo, a la cual precedía la construcción y sistematización que realizaban los juristas.[38] Al abandonarse la premisa de que las normas tenían una sola interpretación o un sentido unívoco, la finalidad de la dogmática tenía que ampliarse necesariamente. La única tarea de la interpretación científica de las normas jurídicas concretas era ahora mostrar sus posibles significados y dejar la elección a la autoridad.[39] Obviamente que este trabajo no compete al teórico general, sino

[37] Walter [II], pp. 16 y ss.

[38] Véase por ejemplo, Radbruch, p. 9. El término "descripción", utilizado recientemente, tiene acaso una mayor pretensión de objetividad, pero por eso mismo es útil recordar que los límites entre descripción e interpretación son vagos y que toda descripción de normas supone su interpretación.

[39] Kelsen [XVII], p. 619.

DR © 1980. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3832

al dogmático ocupado con uno o varios órdenes jurídicos particulares. Para el teórico o el filósofo el problema era señalar la naturaleza, métodos y límites de la interpretación en general. Esto es probablemente a lo que alude Kelsen al hablar de una teoría de la interpretación.

El punto de partida de la teoría se localiza en la distinción de tres tipos diferentes de "procesos espirituales" que reciben el nombre de interpretación. Los criterios que subyacen a la distinción son el carácter jurídico de quien la lleva a cabo y los efectos que tiene para el derecho. Se habla entonces de: a) la interpretación hecha por los órganos aplicadores; b) la que realizan los individuos que tienen que cumplir las normas jurídicas, y c) la efectuada por la ciencia jurídica al describir el derecho positivo. Aunque expresamente no se señala ninguna otra característica común a las tres clases que la de un "proceso espiritual", se da a entender que es una actividad dirigida a "entender" y "establecer" el sentido o significado de las normas jurídicas.[40]

Lo que se dice acerca de (b) es sumamente breve, limitándose a constatar que los individuos a quienes se dirigen las normas han de entender y establecer el sentido de tales normas como condición para que puedan acatarlas. El individuo se representa los posibles significados de una disposición y escoge uno de ellos en el caso en que quiera ajustarse a ella. Es claro que esta decisión no crea derecho ya que no obliga a ningún órgano y que existe siempre la posibilidad de que el individuo se equivoque.

Las dos clases que más interés hay en distinguir son (a) y (c), que son llamadas "interpretación auténtica" y "no-auténtica" respectivamente, dado que las diferencias entre (b) y (c) no son de naturaleza sino de grado y que sus efectos jurídicos son casi idénticos.[41] La interpretación auténtica está presente en toda aplicación de una norma jurídica y dado que toda normas es en principio aplicable, toda norma es interpretable en este cen-tido. El órgano en cuestión practica una constatación intelectual de las diversas posibilidades abiertas por una norma superior y, mediante un acto de voluntad, elige entre ellas la que convertirá en norma jurídica inferior mediante su interpretación. En la terminología filosófica de Kelsen la naturaleza de esta interpretación es la de un acto espiritual que es parcialmente cognoscitivo y parcialmente volitivo; sin embargo, el énfasis se pone en la función de la voluntad creadora de derecho. El punto decisivo que justifica el calificativo de "auténtica" es precisamente el hecho de que es jurídicamente obligatoria, esto es, crea normas válidas y tiene, por tanto, efectos jurídicos.

De esta interpretación, a diferencia de la (c), no puede decirse signifi-

[40] Para todo lo relativo a la interpretación véase sobre todo Kelsen [XG], pp. 346 y ss. y [XVII], pp. 618 y ss.

[41] Una posición radicalmente distinta, inspirada también en Kelsen, puede encontrarse en Schmill, quien lleva al extremo algunas tesis de la teoría pura para probar que los individuos llevan a cabo una función semejante a todos los órganos aplicadores en la cual "crean derecho" al interpretar las normas dirigidas a ellos, aun cuando aparentemente las incumplan.

DR © 1980. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3832

cativamente que sea verdadera ni falsa. Dado que su función es crear derecho, esto es, normas, éstas no pueden ser ni verdaderas ni falsas. De tales decisiones, dice Kelsen, es absurdo decir que sean falsas o verdaderas. A reserva de volver sobre este punto al tratar el siguiente tipo de interpretación, se puede adelantar que los conflictos entre ambas parecen inevitables. Tampoco sorprende que esta interpretación no disponga de ningún método. A pesar de los esfuerzos de la jurisprudencia tradicional por dar una receta para encontrar el significado "correcto" de los varios que contiene lingüísticamente la norma, siempre quedan varias posibilidades y de entre ellas escoge el órgano motivado por normas morales de justicia o juicios de valor sociales que seguramente responden a emociones e intereses. En este punto Kelsen discrepa radicalmente con la que llama "teoría tradicional".

La interpretación no-auténtica que corresponde a los científicos del derecho es también un acto intelectual mediante el cual se constata "el sentido de un objeto". En la inmensa mayoría de los casos se trata de expresiones lingüísticas cuyos posibles significados son formulados mediante el ejercicio de una facultad cognoscitiva. A diferencia de (a), se trata aquí de un acto puramente de conocimiento. No es difícil concluir cuáles son las consecuencias que esto tiene sobre el alcance y límites de la intepretación científico-jurídica. Carecerá de obligatoriedad y, en consecuencia, de efectos jurídicos. No en el sentido de que no pueda influir o motivar a los órganos creadores y aplicadores del derecho, sino en el sentido de que sus resultados no crean *ipso facto* derecho positivo.

Kelsen reconoce expresamente que esta interpretación puede tener efectos sobre la autoridad al señalarle deficiencias técnico-jurídicas o, la posibilidad de reducir la ambigüedad, aumentando el grado de seguridad. Por otro lado, los juicios en que se expresa, por su carácter racional y cognoscitivo, pueden ser verdaderos o falsos, según corresponden con el derecho que pretenden conocer. El alcance de tales interpretaciones está, por otra parte, limitado por una premisa fundamental de la teoría: la creencia en que hay un significado único y correcto es una ilusión. El material por interpretar es más o menos multívoco y la única tarea de la interpretación científica de las normas jurídicas concretas es mostrar sus posible significados, dejando la elección a la autoridad.

En otra parte, sin embargo, parece ampliarse esta tarea. Así, en la *General Theory of Law and State* se lee que una de las misiones principales del jurista es dar una presentación consistente del material con que trabaja. Dado que el material son expresiones lingüísticas, cabe la posibilidad de que existan contradicciones entre ellas. "La función específica de la interpretación jurídica es eliminar tales contradicciones, mostrando que son meramente aparentes. Mediante la interpretación jurídica el material jurídico se transforma en un sistema jurídico".[42] Esta interpretación racional es la que presenta al derecho positivo como un todo significativo, como una estructura comprensible que puede ser objeto de conocimiento.[43] Un ejem-

[42] Kelsen [XIII], p. 375.
[43] *Ibid.*, p. 402 y [IX], p. 295.

DR © 1980. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3832

plo muy claro de esta reinterpretación se encuentra en la tesis de las "determinaciones alternativas" antes descrita. Tanto en el caso de "conflicto" entre las decisiones judiciales y la ley, como en el de la falta de correspondencia entre la ley y la constitución, el jurista estaría tentado a hablar de "sentencias ilegales" y de "leyes inconstitucionales". Estrictamente, esto sería una contradicción ya que, tanto una sentencia como una ley que no han sido anuladas por el órgano competente, son normas válidas cuya validez depende de la ley y de la constitución, respectivamente. Dado que el científico no puede crear, ni anular normas, tiene que explicar cómo es posible que sean consideradas válidas disposiciones que no corresponden a sus normas fundantes. La respuesta, se vio más arriba, es que el verdadero significado de las normas superiores es una determinación alternativa que faculta al órgano a crear normas conforme al procedimiento y contenido establecido expresamente *o* conforme a un proceso y con el contenido que él determine. En caso de no existir un órgano revisor tales normas tendrán validez definitiva y si lo hay será sólo provisional.[44]

Teniendo en cuenta esta ampliación de la tarea del jurista es útil plantearse el problema de los posibles conflictos entre las dos interpretaciones. Siguiendo la tesis del marco abierto de posibilidades que señala la ciencia, Kelsen acepta que la norma inferior creada puede no corresponder a ninguna de las interpretaciones de la norma superior que eran posibles desde el punto de vista teórico. Aunque esta interpretación sea entonces científicamente falsa, ha creado una norma jurídica válida. El científico, dice Kelsen, sólo podrá constatar que se ha creado nuevo derecho, quizá únicamente para el caso concreto, pero no podrá impugnar su validez. Empero, si se acepta la doctrina de las determinaciones alternativas, las posibilidades del significado de una norma podrían esquematizarse como sigue: si se da A, debe hacerse B o C, en donde C es distinto de B, e incluso, contradictorio de B. Como "la indeterminación puede ser tanto del hecho condicionante como de la consecuencia condicionada".[45] en principio no hay un límite para las posibilidades de interpretación del órgano.

El intento de solución a este problema requerirá seguramente un análisis mayor y más profundo, pero algunas líneas pueden señalarse. En primer lugar la motivación kelseniana es la de impedir contradicciones entre normas que terminarían con la unidad del orden jurídico y su carácter de objeto del conocimiento. Empero, en sus últimas publicaciones Kelsen cuestionó seriamente la posibilidad de la aplicación de la lógica a las normas. Un conflicto no sería una contradicción y, además, el hecho de que dos normas válidas se opusieran no era un obstáculo para que fuesen descritas por sendas proposiciones normativas sin contradicción, salvándose con ello la congruencia de la ciencia. Las consecuencias de estas reflexiones[46] no fueron incorporadas a la teoría pura, pero es indudable que acarreaban modificaciones en el campo de la interpretación.

[44] Kelsen [XX], pp. 273 y ss., 277 y ss.
[45] *Ibid.*, p. 347.
[46] Véase, sobre todo [XXII] y [XXIV].

DR © 1980. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3832

Por otra parte, la dogmática jurídica, limitada a la descripción de los contenidos del derecho positivo, no excluye una actividad científica crítica no inspirada en valores políticos, sino en la congruencia y consistencia del legislador. La racionalidad es un punto de vista que no es ajeno a la creación del derecho y uno de los instrumentos de control de la misma, quizá el más poderoso, es la lógica. En este terreno los desarrollos recientes son muy notables, en particular en el ámbito de la lógica deóntica. Es significativo que las últimas obras, tanto de Kelsen como de Ross, se hayan ocupado más que nunca de las relaciones entre la lógica y el derecho.[47]

Para terminar, unas palabras sobre los métodos de interpretación científica. En opinión de Kelsen, ninguno conduce a resultados unívocos y seguramente por ello no hace sino dedicarles un párrafo, en el cual sólo se menciona expresamente el método de *argumentum a contrario*. Al hablar de Ross se verá que la aceptación de la tesis del "marco abierto de posibilidades" no impide un tratamiento más amplio y detallado de los métodos y técnicas de la interpretación.

En conclusión, la teoría de la interpretación ofrecida por la teoría pura está, en el mejor de los casos, en un nivel incipiente. Además, dadas las grandes diferencias existentes entre las interpretaciones (a) y (c), que llevan a Kelsen a llamarlas "cosas distintas", queda la duda de si está justificado llamar interpretación a la actividad de los órganos creadores de derecho.

2.1.5 Ocasionalmente se encuentran en la teoría pura afirmaciones respecto a otras tareas que le competen. Así, se dice que le corresponde determinar el método de la ciencia jurídica y precisar su lugar dentro del sistema de las ciencias.[48] A reserva de especificar los métodos de la propia teoría más adelante, se verá en qué medida se entienden y se cumplen estos objetivos.

Se señaló ya que la teoría fija, de modo muy general, las tareas de la dogmática jurídica. Ahora se pretende que a ella le toca especificar también los métodos que deberá utilizar. Era de esperarse entonces una exposición de los procedimientos lógicos que han de seguir los juristas al describir, interpretar y sistematizar el derecho positivo. Sin embargo, nada de esto se encuentra en la teoría pura.[49] En su lugar, dados los supuestos filosóficos kantianos del autor, aparecen las llamadas "condiciones de posibilidad de la ciencia del derecho". En otras palabras, se determina cuál es el aparato conceptual o marco categorial que permite hacer ciencia jurídica.[50]

En este sentido amplio, la teoría pura misma es una doctrina que muestra

[47] Para una exposición de la evolución de la lógica deóntica de 1951 a la fecha, véase Rodríguez T., quien hace además una crítica extensa del intento de Ross por construir una lógica de las normas utilizando las herramientas de los enfoques más recientes. Contiene además una bibliografía abundante sobre el tema.

[48] Kelsen [XVII], p. 611 y [XX], pp iv y vii.

[49] Compárese con los métodos lógicos indicados, por ejemplo, en Alchourrón y Bulygin [I], respecto a la descripción y a la sistematización.

[50] En el capítulo siguiente se verá cómo se descubre y justifica tal marco.

DR © 1980. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3832

el método específico del conocimiento jurídico. Sin embargo, en un sentido más restringido, se reiteran frecuentemente ciertos principios o postulados metódicos que deslindan el campo de la ciencia del derecho respecto a otras disciplinas afines. Así, se afirma que con la distinción entre causalidad e imputación la teoría establece el "fundamento metodológico" de la ciencia jurídica como una "ciencia social normativa", separándola de las ciencias causales, sean naturales o sociales.[51] Un segundo postulado esencial para la llamada pureza de la teoría es separar la ciencia del derecho como "conocimiento del derecho positivo", de la política jurídica, actividad mediante la cual la voluntad intenta conformar el orden jurídico.[52] Una pieza fundamental en ambas distinciones es el dualismo entre ser y deber ser, mientras que la distinción entre la razón y la voluntad, como dos facultades con funciones esencialmente diferentes, subyace en el segundo postulado. Delimitado el objeto de conocimiento queda automáticamente especificado el método de trabajo en el sentido muy general de circunscribir el área de lo que puede contar como un problema y lo que puede aceptarse como solución.

Respecto a las técnicas específicas de cómo resolver los problemas concretos de la dogmática no hay, se insiste, mayores recomendaciones aparte de la muy general que se refiere a la interpretación. Quedó dicho antes que la teoría propuesta por Kelsen señalaba claramente los límites de la interpretación científica del derecho positivo, aunque no se ocupó de detallar los métodos específicos de llevar a cabo esa tarea.

Es notorio que el interés, por lo demás muy legítimo, radica en separar a la ciencia del derecho de múltiples disciplinas, científicas o no científicas, con las que se había venido mezclando. Con relación a las confusiones entre la jurisprudencia y las ciencias naturales o la psicología y la sociología, la teoría pura impugna el sincretismo metódico como confusión de campos científicos. Son relación a las interferencias de la moral y la política, se objeta la ausencia de un método científico que busque la verdad y el conocimiento y la intromisión de un método ideológico que tendría fines políticos y no científicos.[53]

Todo lo expuesto arroja como resultado la determinación del lugar que tiene la ciencia del derecho dentro del sistema de las ciencias como una "ciencia del espíritu", como una "ciencia social normativa".[54] Claro está que la teoría general de la ciencia supuesta por Kelsen es apenas insinuada y en modo alguno se argumenta a ese nivel. Como era de esperarse en una teoría general del derecho, el marco filosófico de referencia es dado como un supuesto, y no escapa al lector que se trata de los sistemas predominantes en el ámbito cultural en que vio su origen la teoría pura del derecho.

2.2 Ross coincide plenamente con la tesis de que una de las ocupaciones

[51] Kelsen [XVII], p. 615.
[52] *Ibid.*, p. 620.
[53] *Ibid.*, pp. 615 y 624.
[54] Kelsen [XX], pp. iv y vii.

DR © 1980. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3832

de la teoría general o filosofía del derecho son los conceptos jurídicos fundamentales, aunque en ninguna parte explica con detalle qué ha de entenderse por concepto jurídico fundamental.

2.2.1 Para empezar, aunque en ocasiones explicita, las bases de sus análisis lingüísticos, la noción misma de concepto permanece un tanto imprecisa. Si bien distingue con insistencia la palabra, su contenido significativo abstracto o idea, el pensamiento de este contenido y la cosa designada, indicando que la primera es un fenómeno lingüístico (fonema o grafema), la segunda un fenómeno semántico, y las últimas fenómenos psicológicos o físicos, no especifica qué entiende exactamente por un concepto y cuáles serían sus relaciones con los otros fenómenos. Es de suponerse que estaría colocada en el nivel semántico, aunque en ocasiones habla indistintamente de términos, conceptos, ideas y palabras.[55] De cualquier manera su enfoque distingue en principio, al igual que el de Kelsen, el plano conceptual de los planos lingüístico y psicofísico, aunque quizá difieran respecto al tipo de entidades que son los conceptos.

Puede argumentarse que el filósofo del derecho no necesita ser muy detallado con relación a problemas que propiamente caen dentro del campo de la filosofía general; lo que sucede es, empero, que tampoco en lo concerniente al carácter jurídico de los conceptos es más abundante. Al ocuparse del derecho subjetivo da a entender que los conceptos jurídicos son "herramientas de presentación", esto es, que permiten expresar y describir de un modo claro y sistemático el derecho o, más exactamente, un contenido jurídico. Lo específico de un concepto jurídico parece ser, sin embargo, no tanto que designe hechos calificados por normas sino que además sea sistemático, esto es, que sea el nombre de un conjunto de normas unidas sistemáticamente.[56]

Con relación a esta caracterización se ha señalado ya que en ella no aparecen criterios para identificar un concepto jurídico, es decir, que indique qué es lo que hace jurídica a una noción.[57] A este respecto puede observerse lo mismo que se dijo al comentar a Kelsen en el sentido de que la juridicidad de un concepto no es definida con exactitud. No se sabe si son las nociones usadas por los legisladores, jueces o juristas, o son las introducidas por los teóricos para entender mejor la naturaleza del derecho y de algunos problemas o si, como parece razonable, se pueden encontrar ambos tipos de conceptos jurídicos.[58]

No se corre con más fortuna al buscar en Ross una clara elucidación de lo que son los conceptos jurídicos fundamentales. La afirmación de que son

[55] Ross [III], pp. 3 y 10, y Ross [V].

[56] Ross [V] y [II], pp. 164 y ss., así como [VI], pp. 145 y ss.

[57] Véase Simpson [I], pp. 540 y ss., quien señala, además, que un problema importante de la jurisprudencia analítica es precisamente el concepto de concepto jurídico. Para mostrar que el tratamiento de esta cuestión ha sido insatisfactorio, critica Simpson las tesis de Hohfeld, Ross y Hart.

[58] Véase para la distinción, Raz [IV], p. 795 y también García Máynez [II], p. 105.

DR © 1980. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3832

los "conceptos implícitos en toda proposición jurídica" [59] no es muy informativa, ya que el mismo Ross observa correctamente en otro lugar, al criticar el "siniestro impacto del esencialismo en la definición de los términos jurídicos", que es imposible deducir nada de los conceptos que no esté ya incluido en ellos,[60] por lo cual la referencia a la noción de proposición jurídica, por lo demás ambigua, es poco iluminante. Tampoco es muy reveladora la aseveración de que los conceptos jurídicos fundamentales no son elementales, sino compuestos de otros más elementales, estando unidos por ciertas relaciones cuya forma integra lo que llama la estructura de un concepto.[61] El reconocimiento de la existencia de relaciones que, se supone, son lógicas pero sin ser caracterizadas, justifica la creencia de que serían formalizables, pero no informa cómo establecer si son o no fundamentales.

A este respecto, algunos párrafos de [II] manifiestan las ideas del autor sobre el alcance general de tales conceptos, revelando que no son objeto de las diversas disciplinas jurídicas particulares. Reconoce, sin embargo, que esta característica hace variar el contenido de la jurisprudencia o filosofía jurídica en los diversos sistemas, siendo más amplia en Inglaterra que en Norteamérica y en Europa continental. Su conclusión, bastante pragmática, es concentrarse en los problemas que "no son examinados por la literatura jurídica corriente, o que lo son en forma insatisfactoria".[62]

Sus presupuestos filosóficos empiristas lo hacen, por otro lado, rechazar la idea de que el ámbito de la filosofía del derecho esté "sistemáticamente delimitado",[63] por lo cual no habla ya de la exhaustividad, ni de la completitud o validez de los conceptos jurídicos fundamentales. Se trataría simplemente de un aparato conceptual más útil y adecuado para la descripción y sistematización del derecho vigente. Al mismo tiempo sería revisable y tendría que ser compatible con el principio del empirismo que sostiene que "los indefinibles, mediante los cuales se define en último análisis cualquier término (no-lógico), tienen que ser cualidades señalables por ostentación (observación directa)".[64] Aquí se ve claramente que al distinguirlos de los conceptos formales de la lógica, el formalismo no es un requisito de los conceptos jurídicos fundamentales, limitándose al de generalidad.

Los supuestos filosóficos de Ross son diferentes de los de Kelsen y esto parecería afectar seriamente sus tesis sobre esta tarea de la filosofía del derecho, en especial acerca de la naturaleza y alcance de los conceptos jurídicos fundamentales. Sin embargo, después de la comparación no es exagerado diagnosticar la existencia de tendencias convergentes en ambas posiciones.

[59] Ross [I], p. 22.
[60] Ross [VI], p. 146.
[61] Ross [I], pp. 19 y 224 y ss., donde analiza críticamente la estructura que tenía el concepto, de derecho subjetivo en la tradición románico-jusnaturalista, mostrando el tipo de relaciones y funciones que subyacen a este concepto tal y como es usado por los juristas. El tema se repite en [V] y [VI].
[62] Ross [II], p. 25.
[63] *Ibid.*
[64] Ross [VI], p. 140.

DR © 1980. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3832

Las pretensiones de Ross son relativamente menores respecto al alcance del marco conceptual que puede construir la teoría general del derecho, pero esa tendencia se manifiesta también en la evolución del pensamiento kelseniano, aunque quizás el peso de la filosofía kantiana le impidió llegar más lejos. En cuanto al formalismo de la teoría pura, relativizado consciente e inconscientemente por su autor, da como resultado un análisis conceptual a un nivel de abstracción y generalidad que no difiere mucho del que hace Ross. Así, las afirmaciones acerca de una teoría del conocimiento jurídico de alcances apriorísticos, que acompañaron algunas conclusiones kelsenianas, deben distinguirse de los resultados analíticos mismos y, tomándose como tales, no difieren mayormente de los obtenidos posteriormente por Ross.

2.2.2 En la obra de Ross el concepto de norma jurídica ocupa también un papel central, buena parte de ella se dedica a su análisis en tanto concepto jurídico fundamental, señalando su estructura y su función. En su libro [IV], se lleva bastante lejos el análisis al distinguir el concepto mismo de norma de otros muchos que se refieren a expresiones prescriptivas, o directivas como prefiere llamarlas. Las clasificaciones y criterios propuestos constituyen casi una teoría de las normas,[65] realizada dentro de un marco general más actual y completo que el de Kelsen, ya que se aprovechan los avances de la filosofía del lenguaje y sus ramas generales como la sintaxis, la semántica y la pragmática.

Al igual que Kelsen, se preocupa por el problema de la aplicación de la lógica a las normas jurídicas, utilizando también aquí instrumentos más refinados, por más que sus resultados hayan sido seriamente cuestionados.[66]

En suma, la tarea acometida es muy semejante, con la diferencia en los medios empleados para realizarla, y por lo que hace a los resultados, ya fueron comparados anteriormente.

2.2.3 En Alf Ross, el tratamiento de la noción de sistema jurídico, aunque considerado como parte de la problemática de la filosofía del derecho, es más pobre que el ofrecido por la teoría pura, en la cual es de primordial importancia.[67] Así, en Ross no hay casi ninguna idea sobre la dinámica jurídica, ni sobre los criterios formales de pertenencia de las normas al sistema. Sin embargo, se ha visto cómo Ross define y explicita términos estrechamente relacionados con la noción de sistema jurídico, tales como validez, eficacia y norma básica, aun cuando no los conecta, razón por la cual no proporciona ni siquiera el esbozo de una teoría del sistema jurídico.

Parecería entonces que el enfoque de Ross toma como punto de partida la norma jurídica aislada para elucidar los conceptos jurídicos fundamentales y, en especial, el concepto mismo de derecho. Esto no es así; en sus últimas obras es notorio cómo el concepto clave es el de derecho vigente entendido como el conjunto de normas jurídicas que son efectivamente

[65] Obra que Kelsen pensaba también escribir.
[66] Véase Rodríguez T., cap. VI.
[67] Golding ve en la definición de este concepto la tarea más importante de Kelsen.

DR © 1980. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3832

obedecidas porque se las vive como socialmente obligatorias. Su filosofía empirista no vacila en incluir como problema central lo que se llamaría la relación entre las normas jurídicas y el medio social en que se dan, especialmente por lo que hace a la influencia de éstas sobre la conducta humana.[68] La existencia misma del orden jurídico tiene que ser explicada y demostrada a partir de estas relaciones y, en principio, sólo mediante ellas.

Las tendencias de ambas teorías son, nuevamente, convergentes. En efecto, Kelsen confiesa también un empirismo antimetafísico, aun cuando sus nociones de validez y deber ser lo hacen conservar un elemento no reducible a hechos. Elemento del que, por otra parte, Ross no ha podido tampoco deshacerse totalmente. Diferencias menores se encontrarían en la preferencia kelseniana por la noción más general de derecho positivo frente a la de derecho vigente, entre otras razones por su deseo de enfrentarse a las teorías jusnaturalistas. Igualmente, en lo que se refiere a la noción de eficacia tratada por Ross como uno de los sentidos de validez, Kelsen reprocha a Ross el que restrinja el concepto a la aplicación del derecho por los órganos jurídicos, rehusando considerar como eficaz una norma jurídica en la medida en que los hombres se comportan, por temor o por otro motivo, conforme a ella.[69] En este punto, Ross modificó su opinión al señalar que, si bien desde el punto de vista lógico sólo existía un conjunto de normas, las dirigidas a los tribunales para regular el uso de la coacción, desde el punto de vista psicológico hay otro conjunto, aquel de las normas dirigidas a los ciudadanos, "las cuales existen en la medida en que son obedecidas regularmente y son vividas como obligatorias".[70] Con esto la diferencia con Kelsen prácticamente desapareció.

En conclusión, a pesar de que la teoría pura es más abundante en lo que se refiere al concepto de sistema jurídico, la teoría realista sigue, en principio, el mismo programa de trabajo y las coincidencias en los resultados son, como se expuso anteriormente, menores que las divergencias.

2.2.4 La distinción entre ciencia jurídica en sentido estricto y filosofía del derecho es ratificada por Ross al afrontar el problema de la interpretación. Como parte de la primera, la doctrina tendría por objeto estudiar la interpretación de un orden jurídico específico. Se formularían enunciados interpretando el derecho vigente, esto es, determinando su significado, pero sujetos a la condición de basarse en hechos obtenidos del análisis de las prácticas de los órganos: precedentes, ideología dominante. Hecha de esta manera sería una "interpretación vigente" que permite predecir decisiones particulares futuras, lo cual garantiza su calidad de ciencia jurídica. De no satisfacer estas condiciones sería simplemente política jurídica, perdiendo con ello su carácter descriptivo. Se advierte, sin embargo, que en la práctica la distinción es difícil dado el bajo grado de certeza de las aserciones del

[68] "Conducta" en su sentido más amplio, ya que Ross incluye las actitudes y sentimientos psicológicos.
[69] Kelsen [XXXI], pp. 33 y ss.
[70] Ross [IV], p. 92.

DR © 1980. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3832

doctrinario, por lo cual se confunde a menudo con directivas de política jurídica. Todo esto conduce a Ross a concluir que "en último análisis ciencia y política jurídica no pueden ser separadas".[71]

Ya las afirmaciones anteriores prueban que, además de una interpretación vigente concreta, es posible hacer afirmaciones acerca de la naturaleza y límites de la interpretación en general. Así lo reconoce Ross al hablar de una teoría general de la interpretación que se encargaría, en su opinión, de explicar los supuestos fácticos de los problemas de la interpretación y de clasificar sus métodos.[72]

En el largo capítulo dedicado a este tema, se define la noción de interpretación con ayuda de otras nociones básicas de filosofía del lenguaje que contribuyen a formar un marco general de la teoría; se señalan los límites que tal marco impone a una interpretación; se muestran "los factores generales que operan en toda administración de justicia y se bosqueja una tipología".[73] Sería ocioso repetir lo que el texto en cuestión dice respecto a cada una de estas actividades, pero sí conviene reunir sus líneas generales a efecto de compararlas con la teoría pura.

Habiéndose restringido al derecho legislado, la noción de interpretación es ubicada de inmediato como relacionada con un lenguaje. Se advierte de antemano que, una vez distinguidos los signos naturales de los símbolos artificiales y convencionales que integran un lenguaje, la creencia de que las palabras representan objetivamente un significado, es una ilusión.[74] En consecuencia, el significado de las palabras y expresiones se describe mediante el estudio de cómo se expresa la gente.

Situados en esta perspectiva Ross postula cuatro axiomas que se aplican a las palabras de uso cotidiano: 1) el significado posible de toda palabra es vago y su campo de referencia indefinido; 2) la mayor parte de las palabras son ambiguas; 3) para determinar con precisión el significado de una palabra hay que considerarla como parte de una expresión, y 4) el significado de una expresión depende de su contexto lingüístico y de la situación. De 3) y 4) se infiere que el significado de una palabra es una función de la expresión, contexto y situación en que aparece. La interpretación es la actividad dirigida a exponer el significado de una expresión, pero designa también el producto de tal actividad.[75] Por lo anterior se ve que la decisión para escoger una interpretación estará en función de la expresión, contexto y situación. A esta altura Ross hace la aclaración importante de que "si por una razón u otra... no es posible llevar adelante la interpretación más

[71] Ross [II], pp. 105 y ss.

[72] Ross [II], pp. 107 y ss. Allí especifica que su contribución a la teoría general se limitará al derecho legislado. Hace también una distinción entre método jurídico como intento de descubrir los principios que guían el paso de la norma general a la sentencia e interpretación como método restringido al derecho legislado. En lo que sigue hablaremos sólo de interpretación. Igualmente llamaremos órgano a lo que Ross designe como juez.

[73] *Ibid.*, p. 131.

[74] *Ibid.*, p. 109.

[75] Es un caso de la ambigüedad "proceso-producto". Véase Nino, p. 9.

DR © 1980. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3832

allá de un punto que deja abierto un número de posibilidades, entonces el intérprete debe abandonar. Si, con todo, elige una posibilidad en particular, ello no constituye el próximo paso dentro de una interpretación, sino que es una decisión motivada por consideraciones ajenas al deseo de aprender el significado de una expresión." [76] Por regla general toda interpretación del lenguaje natural estará limitada en este sentido.

Especificada la naturaleza y límites de la interpretación científica, se proponen algunas clasificaciones: 1) por significado y por referencia; 2) subjetiva y objetiva,[77] y se hace una amplia exposición de sus problemas más comunes. Aunque Ross no pretende una exposición y análisis sistemático de los problemas, da los ejemplos y las líneas generales de su comprensión. De conformidad con la tesis de que el significado es una función de expresión, contexto y situación, los problemas pueden clasificarse en tres grupos: 1o. sintácticos, que se refieren a la estructura de la expresión o conexión de las palabras. Por lo general, apunta, no hay reglas fijas y se acude a datos no-lingüísticos para resolverlos. 2o. lógicos, que se refieren a las relaciones de las expresiones entre sí dentro de un contexto. Los casos más importantes son la inconsistencia, la reducción y las presuposiciones. 3o. semánticos, en sentido restringido, que tienen que ver con la situación, verbigracia: vaguedad y ambigüedad.[78]

Al ocuparse de los factores que influyen en toda interpretación, tal y como ocurre en la práctica, no como debiera ocurrir, los divide en factores cognoscitivos y emotivo-valorativos. La teoría tradicional sostenía que el factor cognoscitivo era el "conocimiento del verdadero significado de la ley y de los hechos probados" y que el motivo era "la obediencia de la ley". Antes de criticarla subraya Ross que el proceso cognoscitivo —conocimiento de hechos y normas— prepara la decisión y la funda, pero que ésta es, por naturaleza propia, un acto de voluntad. La crítica es entonces, por un lado, que no siendo siempre claros los significados legales ni pudiéndose arribar a ellos con certeza, el órgano introduce valoraciones. La tesis tradicional las ignora, sin advertir que no basta la actividad cognoscitiva y que el órgano tiene que elegir, lo cual es siempre una valoración.

Por otro lado es también falso que psicológicamente la obediencia a la ley sea el único motivo del órgano. En tanto ser humano sus sentimientos y sus valores contribuyen a la decisión. La tesis tradicional que considera al órgano como simple portavoz de la ley, oculta su función creadora. Toda interpretación es constructiva y está determinada por los dos factores: cognoscitivos y valorativos, no es una mera actividad intelectual.[79]

Dentro de los factores valorativos le merecen especial atención los llamados factores pragmáticos. Éstos, de carácter no-lingüístico, provienen de la reflexión de sentido común sobre las consecuencias de diversas interpretaciones, valorando así sus efectos sociales, su concordancia con el sistema

[76] Ross [II], p. 117.
[77] *Ibid.*, pp. 114 y 117.
[78] Véanse los ejemplos y la exposición detallada en Ross, *op. cit.*, pp. 119-130.
[79] *Ibid.*, pp. 131 y ss.

DR © 1980. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3832

jurídico y las valoraciones culturales. Esta interpretación, llamada también teleológica, es dividida por el autor en especificadora, restrictiva y extensiva, tratando dentro de esta última a la analogía y a la interpretación *a contrario*.[80]

Finaliza Ross su análisis de la interpretación comentando que el papel creador del órgano, al precisar o enmendar la ley, se oculta argumentando que esa decisión estaba comprendida en el significado de la ley o en la intención del legislador. Para ese efecto se construye una "fachada de justificación" cuya clave es la falta de un criterio que indique qué regla de interpretación ha de usarse. Éste, dice, es un problema de psicología social ya que se quiere mantener la ficción de que el órgano sólo obedece a la ley y a los principios objetivos de interpretación. Ficción que, por lo demás, quizá tenga efectos benéficos.[81]

Expuesta de modo esquemático, la concepción de Ross sobre la interpretación revela ya un acuerdo con los postulados básicos de la teoría pura. Se distingue entre la interpretación hecha por el órgano y la científica, reconociéndose que la única que crea derecho vigente es la primera. Cierto es que la separación entre ciencia y política jurídica, aunque mantenida, es señalada como altamente problemática en la práctica. En este punto la tesis realista resulta, en verdad, más apegada a la realidad.

Igualmente se separan, por su generalidad, los problemas de la interpretación de un sistema jurídico vigente de los relativos a la construcción de una teoría de la interpretación. Como postulado común se encuentra la negativa a aceptar la tesis de que es posible encontrar los significados verdaderos del material por interpretar. Ross repite la afirmación kelseniana de que las normas son un marco abierto de posibilidades establecidas cognoscitivamente, entre las cuales se escoge mediante un acto de voluntad inspirado en valoraciones. El relativismo de ambos pensadores converge en la teoría no-cognoscitivista de la ética, según la cual es imposible decidir racionalmente entre los valores últimos. Ambos parecen aceptar, además, que se trataría de decisiones de origen emotivo.

Como consecuencia de lo anterior Ross reitera la idea kelseniana de la incorrección de la doctrina tradicional que niega el papel creador de los órganos aplicadores, calificando a tal doctrina como ideología. La teoría pura no prosigue adelante por razones metódicas, pero Ross indica cuáles son los factores no-jurídicos que intervienen en la toma de decisiones interpretativas. Las líneas de investigación que señala son fecundas y contribuirán a una mejor comprensión de los sistemas jurídicos y de su dinámica. La relación causal entre el medio y los elementos del sistema afecta indudablemente a las normas, su creación y las variaciones de su contenido, sea por reforma, derogación o simplemente por las oscilaciones en las interpretaciones que de ellas hacen los órganos.

La teoría pura, impotente para eliminar el aspecto de la relación que va del sistema al medio, queda sin argumentos que oponer al estudio de las

[80] *Ibid.*, pp. 140-146.
[81] *Ibid.*, pp. 146 y ss.

DR © 1980. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3832

relaciones del medio sobre el sistema. No se quiere decir con esto que una teoría general se ocupe de la génesis de órdenes jurídicos particulares, sino de que aumente su aparato conceptual para dar cabida a esas relaciones de las cuales dependen cuestiones insoslayables como el nacimiento, modificación y existencia misma de los sistemas jurídicos.

En el aspecto de los métodos de interpretación puede afirmarse que el trabajo de Ross contiene un valioso enriquecimiento del exiguo tratamiento kelseniano. La clasificación y análisis de los diversos procedimientos interpretativos aprovechan los rendimientos de una filosofía del lenguaje casi totalmente ausente de la obra del jefe de la Escuela de Viena. Aunque Ross coincide con su maestro en la futilidad de esperar siempre resultados unívocos, no desconoce la enorme utilidad que estas herramientas proporcionan a los juristas.

La falsa creencia de que el doctrinario deja de hacer una descripción unitaria del sistema si acepta los conflictos entre las normas, llevó a Kelsen a construcciones rebuscadas —las determinaciones alternativas— que distorsionan la actividad de lo que de hecho hacen los tribunales. La inclusión de métodos de interpretación más variados y del estudio de los factores pragmáticos explicarían mejor tales casos, sin que por ello se vea amenazada la no-contradicción que debe satisfacer la ciencia jurídica.

Por último, todos los recursos adoptados por Ross facilitan una tarea común y continua de los juristas: la crítica racional del orden jurídico. Claro está que los límites y alcances de tal crítica son difíciles de señalar en cada caso, pero la alternativa de la irracionalidad absoluta es una solución demasiado fácil y poco argumentada.

2.2.5 Aunque Ross no dice expresamente que sea una tarea de la filosofía del derecho el determinar los métodos y precisar el lugar de la ciencia del derecho con relación a las demás ciencias, sí hace algunas afirmaciones sobre el particular. Su mayor insistencia es que la ciencia jurídica sea considerada como empírica. Apoyado en una teoría general de la ciencia de corte neopositivista (el empirismo lógico del Círculo de Viena), para la cual la única distinción válida es entre ciencias empíricas y ciencias formales (lógica, matemática, etcétera), las clasificaciones de ciencias del espíritu, ciencias de la cultura y ciencias naturales le parecen infundadas. No obstante esta adhesión a la unidad de la ciencia, escribe que en virtud de que la ciencia del derecho se ocupa de normas "puede ser denominada normativa", aunque evitando confusiones ya que es una doctrina "referente a normas y no compuesta de normas".[82] Esto no pasaría de ser una cuestión terminológica si hubiere logrado reducir las normas a hechos, pero, como se expuso más arriba, el elemento deber ser no es reducido totalmente a hechos y por esa razón el grado de su diferencia con la teoría pura se ve notablemente matizado.

En lo que toca a los métodos de la ciencia jurídica, su posición filosó-

[82] Ross [II], p. 19.

DR © 1980. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3832

fica le impone la necesidad de utilizar métodos que no estén reñidos con el empirismo, pero más allá de esta limitación no se encontrarían especificaciones precisas. Es verdad que algo se dice sobre los métodos para describir y, sobre todo, para interpretar el derecho vigente, pero no hay nada, por ejemplo, con respecto a la importante tarea de la sistematización. Una consecuencia de su empirismo es que aunque mantiene la distinción entre ciencia del derecho y sociología jurídica, el hecho de que ambas, así como sus ramas respectivas,[83] sean ciencias empíricas disminuye el temor por los peligros de una confusión, haciendo desaparecer el énfasis en la pureza metódica.

Se puede concluir que a pesar de que la distinción entre la teoría pura y la teoría realista del derecho parece radical, en sus tareas no se ve que exista ninguna diferencia mayor, como no la hay en sus resultados. Para el próximo capítulo se dejará la cuestión metódica, pero por lo pronto las semejanzas son determinantes. La tendencia empirista anti-metafísica no es privativa de Ross, como tampoco la de separar cuidadosamente a la ciencia de la ideología. No es aventurado decir que, en tanto teorías generales del derecho, son *relativamente* independientes de muchos supuestos y prejuicios filosóficos de sus autores, por más que influyen en ellas. No hay, entre las dos, incompatibilidades insuperables, lo que explica parcialmente el que sean denominadas positivistas.

2.2.6 Existe una tarea que Ross encuentra para la filosofía jurídica, que no corresponde exactamente a las asignadas por la teoría pura. Partiendo de que la ciencia del derecho se ocupa de exponer sistemáticamente el derecho vigente, Ross entiende por sistema "que el orden y la conexión en que se presenta el material estén dispuestos según un plan definido". Si esto es valioso, entonces "un esquema racional de sistematización es... una tarea obvia para la filosofía jurídica".[84]

Con relación a la tarea de la ciencia jurídica se ha dicho ya suficiente en otro capítulo, en el cual se asentó la poca claridad y la ausencia de tratamientos detallados sobre la llamada sistematización. En esta parte, algunos comentarios del autor permiten entender mejor en qué tarea está pensando y qué relación tendría con la filosofía del derecho. Si se presta atención a las ventajas de la sistematización señaladas por Ross, se descubrirá que en rigor el concepto utilizado no es el más adecuado. Las razones prácticas que hacen valioso un orden sistemático son, en su opinión: 1) "como medio para hallar el camino en el complejo tema del derecho, tal como en una biblioteca los libros tienen que estar dispuestos según un plan", y 2) sirve además de fundamento para una división del estudio del derecho, indispensable hoy en día. Las razones teóricas para la sistematización las formula así. "Si se funda en criterios relevantes ayuda al estudioso a analizar

[83] Las ramas de la ciencia del derecho son: la dogmática, la historia del derecho y el derecho comparado; las de la sociología jurídica son: sociología general, criminología, ciencia política, relaciones internacionales, ciencia de la administración, sociología aplicada, etcétera. Ross [II], pp. 23 y ss.

[84] [II], p. 197.

DR © 1980. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3832

el material jurídico, revela problemas y descubre semejanzas y diferencias ocultas". Como ejemplo de estas divisiones fundamentales ofrece y trata dos: la distinción entre derecho público y privado, y entre derecho sustantivo y adjetivo.[85]

Se dijo antes que el término sistematización no es el más apropiado, porque estrictamente se trataría aquí del procedimiento de clasificación. Se introduce un concepto que proporciona uno o más criterios que permiten dividir el material en cuestión, en este caso el material jurídico, en dos clases separadas claramente.[86] En esta tarea, la misión del teórico general es proponer esquemas de clasificación, es decir, conceptos clasificatorios útiles. La actitud de Ross es prudente, ya que afirma que sería inútil tratar de proponer una clasificación "sin raíces en la tradición". Por esta causa le correspondería más bien "revisar y refinar los conceptos tradicionales". Precisamente los analizados por él tienen una profunda raigambre común al sistema europeo-continental y al anglo-americano.[87]

No es este el lugar para estudiar los análisis que hace Ross de estos conceptos clasificatorios, pero con vistas a la comparación de su teoría con la de su maestro, es oportuno hacer algunos comentarios. En primer término hay que consignar que la teoría pura se ocupa también de estas clasificaciones y como se verá, los tratamientos son semejantes. Por lo que toca a la división entre derecho público y privado, las observaciones del autor que nos ocupa "están de acuerdo, en lo principal, con el estudio crítico hecho por Hans Kelsen".[88] Ninguna de las teorías importantes sobre el tema puede considerarse satisfactoria. Una de las deficiencias lógicas señaladas por Ross es que la clasificación, aunque puede ser precisa, no es exhaustiva. Una buena clasificación proporciona criterios que dividen los objetos por clasificar, en clases mutuamente excluyentes y conjuntamente exhaustivas, es decir, que no hay ningún objeto que pertenezca a las dos clases y que todos pertenezcan a una *o* a la otra.[89] Sin embargo, a pesar de la crítica de Hans Kelsen, que hace suya, afirma que la distinción en cuestión "es todavía el sostén principal de la clasificación sistemática jurídica."[90]

En lo relativo a la distinción entre derecho sustantivo y derecho adjetivo, Ross separa esquemáticamente: 1) el derecho sustantivo que describe una conducta objetiva como condición necesaria (pero no suficiente) de una sanción; 2) el derecho de las sanciones que enuncia, además de éstas,

[85] *Ibid.*, pp. 197 y ss.

[86] Véanse en Hempel, pp. 50 y ss. y en Bunge, pp. 97 y ss., las razones por las que una clasificación es llamada sistemática; mismas por las que no es claro que las clasificaciones tratadas por Ross sean sistemáticas.

[87] Ross, *op. cit.*, p. 198. En el capítulo anterior Ross estudia los conceptos de derechos *in rem* y derecho *in personam*, que si bien no sirven para establecer divisiones fundamentales, se introducen para clasificar los derechos subjetivos.

[88] Ross [II], p. 200, n. 3.

[89] Véase Hempel, p. 51. Ross señala acertadamente que no agotan el material jurídico y que, tomados en su relación recíproca "derecho público" y "derecho privado" se asemejan a "canario" y "elefante" en una clasificación zoológica. *Ibid.*, pp. 203 y ss.

[90] *Ibid.*, p. 206.

DR © 1980. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3832

las condiciones más precisas bajo las cuales pueden aplicarse (por ejemplo responsabilidad, culpa, capacidad); 3) el derecho procesal en que se consideran las condiciones adicionales que se refieren al procedimiento y sin las cuales no puede dictarse y ejecutarse la sentencia. Añade, además, que la distinción entre (1) y (2)) es fluctuante y no "es respetada en forma coherente, lo que, dicho sea de paso, sería en realidad poco deseable".[91]

La diferencia con la distinción kelseniana entre derecho material y derecho formal no parece, en principio, muy grande. En efecto, el derecho formal son las normas generales que regulan la organización y el procedimiento de los tribunales: el derecho procesal. El derecho material son las normas generales que determinar el contenido de los actos de los tribunales.[92] Incidentalmente puede observarse que Kelsen discute también la clasificación de derechos *in personam* y derechos *in rem*,[93] a la cual llama engañosa, ya que los derechos reales son también frente a personas, y la relación con la cosa es secundaria. Además, intenta mostrar que tal distinción tiene un carácter ideológico y no teórico.[94] Ciertamente que en este tema, como en el anterior, la exposición de Kelsen es muy breve y menos detallada que la realizada por Ross.

Lo anterior conduce a creer que no hay ninguna discrepancia básica en los tratamientos de ambos autores y que, en especial en el caso de la distinción entre derecho público y derecho privado, la teoría realista desarrolla las tesis kelsesianas, añadiendo con frecuencia consideraciones que no son incompatibles con la teoría pura. No obstante, es perceptible una actitud desdeñosa de Kelsen hacia tales clasificaciones, ya que su interés primordial es mostrar su carácter ideológico y con ello su falta de fundamento lógico. A pesar de ello, las razones que da Ross justifican ampliamente el intento de clasificar y de hacerlo sistemáticamente, ya que es una tarea fundamental de la filosofía jurídica, en la cual existe hasta la fecha gran confusión. El vicio tradicional al respecto, escribe Carrió, ha consistido en creer que "constituyen la *verdadera* forma de agrupar las reglas y los fenómenos, en lugar de ver en ellas simples instrumentos para una mejor comprensión de éstos. Los fenómenos —se cree— deben acomodarse a las clasificaciones y no a la inversa".[95] Al aceptar lo anterior, la carga ideológica de las clasificaciones se debilita considerablemente y se mantienen o acrecientan sus valores pedagógicos y heurísticos. En estas condiciones parece sensato preferir una clasificación, aunque sea defectuosa, a no tener ninguna.

Para terminar, como en otras partes de este capítulo, se insiste en que esta

[91] *Ibid.*, pp. 204 y ss.

[92] Kelsen [XX], pp. 236 y 238. En los desarrollos de la teoría pura hechos por Walter hay una distinción entre tres tipos de normas que se acercaría más a Ross. Véase Walter [I], p. 88 y [II], pp. 16 y ss.

[93] Kelsen [XX], p. 175.

[94] *Ibid.*, pp. 135 a 137. Compárese con el tratamiento más extenso de Ròss, *op. cit.*, cap. VII.

[95] Véase Carrió [III], pp. 72 y ss. Otras reglas para clasificar que se violan a menudo pueden verse en Bunge, p. 95.

DR © 1980. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3832

tarea es, al menos en Ross, un análisis y redefinición de conceptos jurídicos básicos dentro de la formación de una teoría. El análisis de Kelsen parece llevarlo a concluir que tales conceptos son, estrictamente hablando, prescindibles cuando no irrelevantes. Las consideraciones anteriores obligan a matizar estas radicales intenciones. Por lo demás, las diferencias son aquí, nuevamente, secundarias.

DR © 1980. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM