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

VII. DIFERENCIAS EN CUANTO AL MÉTODO

Nuevamente conviene distinguir entre la ciencia jurídica estricta o dogmática y la teoría general o filosofía del derecho, por más que los autores no siempre mantengan clara la división, como es especialmente notorio en el caso de Kelsen.

1.1 Ocuparse del método de la ciencia jurídica supone tener presente las tareas que la teoría pura le asigna a esta disciplina y tratar de formular los procedimientos que serían necesarios para llevar a cabo dichos objetivos.

En primer lugar destaca la tarea descriptiva mediante la cual se expondría el derecho positivo, por lo que cabría preguntarse por los métodos sugeridos para ejecutar este cometido. Sin embargo, dentro de las cuestiones que la teoría denomina metódicas, el énfasis es colocado más bien en las condiciones que "hacen posible" la ciencia jurídica, o en términos menos kantianos, que constituyen o determinan su ámbito. Tal delimitación del objeto de una ciencia se obtiene a base de criterios proporcionados por postulados o definiciones. El *status* de tales postulados varía según las concepciones filosóficas de quienes los avanzan. Las justificaciones kelsenianas, de origen claramente kantiano, remiten a argumentos trascendentales de los que más adelante nos ocuparemos. Otras posiciones menos pretensiosas los considerarían meras convenciones que dependen del objetivo propuesto, ofreciendo como justificación la utilidad que tiene para clarificar y explicar los problemas tradicionales de la disciplina en cuestión.[1]

En este sentido el método normativo sugerido por la teoría pura parte del dualismo lógico irreductible entre ser y deber ser, entre enunciados descriptivos y enunciados prescriptivos, podría decirse.[2] A partir de esta división el campo de lo jurídico queda acotado como un conjunto de normas positivas cuya especificidad radica en su carácter coactivo y eficaz. A su vez, la ciencia jurídica sería el conjunto de enunciados descriptivos de tales normas. Empero, calificar la ciencia jurídica de descriptiva es insuficiente, puesto que ciertas precisiones son indispensables para entender su verdadera naturaleza. La diferencia entre ser y deber ser no coincide exactamente con descriptivo y prescriptivo, ya que Kelsen hace una nueva distinción entre los enunciados descriptivos usando como criterio el tipo de objetos que describen. La descripción de los fenómenos —naturales o humanos— por una ciencia conduce a su conexión causal, en tanto que la descripción

[1] Véase Popper, pp. 49 y ss.
[2] Klug [I], pp. 7-29.

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 las normas consiste en la vinculación de conductas humanas vinculadas mediante el deber ser.

Las proposiciones jurídicas son descriptivas, pero tienen que "reproducir" el deber ser de las normas. Su diferencia con las proposiciones descriptivas de las ciencias causales se encuentra en el sentido específico de la descripción. La ciencia jurídica se propone, escribe Kelsen, "captar el significado específico de las reglas jurídicas", el cual es expresado por el deber ser.[3] Las normas no son meros hechos y su significado no es reducible a hechos. Kelsen señala aquí una diferencia semántica entre las normas y las proposiciones fácticas, insistiendo en que las proposiciones descriptivas de las normas den cuenta de esta diferencia de significado incluyendo la expresión deber ser en su redacción. Por esta razón las llama proposiciones de deber ser, diferentes a las normas ya que su función es descriptiva y no prescriptiva.[4] La ciencia jurídica describe entonces, mediante enunciados normativos o de deber ser, a las normas jurídicas.

Conviene señalar que otra particularidad de la ciencia jurídica, en opinión de Kelsen, es que no es una ciencia explicativa, sino puramente descriptiva. Si la explicación es necesariamente explicación causal, esta afirmación se entiende por sí misma. Las ciencias normativas son metódicamente diferentes de las causales o, en otros términos, aunque tienen la misma estructura lógica, sintaxis, diríamos nosotros, tienen una semántica y una pragmática distinta.[5]

Esbozados los principios metódicos con que se constituye la ciencia jurídica y, en consecuencia, los rasgos específicos de su naturaleza, queda pendiente comentar la metodología que utiliza para describir su objeto. Aunque sabemos ya que no son hechos, sino normas, Kelsen subraya repetidamente que se trata de una ciencia empírica, insinuando entonces que dispondrá de los métodos que en general corresponden a tales ciencias. La afirmación de que la ciencia jurídica es empírica resulta en alguna medida sorprendente si se tiene presente que fue calificada como ciencia normativa, ciencia del espíritu y ciencia social. Sin embargo, los escasos párrafos dedicados por la teoría pura a esta cuestión permiten reconstruir lo que se quiere

[3] Kelsen [XIII], pp. 163 y ss.

[4] Esta peculiaridad advertida por Kelsen se presentó también en la lógica deóntica con la disyuntiva de tratar los enunciados normativos, sea como prescripciones o sea como descripciones de prescripciones. En este último caso, la semántica de esta lógica requerirá de las nociones modales deónticas: obligatorio, permitido, etcétera.

[5] Kelsen no abunda en este tema, pero estudios posteriores señalan que las ciencias normativas presentan, a nivel sintáctico, una estructura similar a la explicación causal. Este otro tipo de explicación racional es llamado "justificación normativa". Si en la explicación causal se muestra, *grosso modo*, que un fenómeno es un caso particular de una ley general de la cual puede inferirse, en la justificación normativa se muestra, mediante un sistema normativo S, que una acción p, calificada deónticamente como obligatoria, prohibida, permitida, facultada, puede inferirse de S. Igualmente se advierte que ambas pueden ser usadas como propósitos diferentes, explicar y predecir en una, justificar conducta pasada o guiar conducta futura en la otra, siendo las dos, en un sentido amplio, explicaciones racionales. Véase Alchourrón y Bulygin [I], pp. 168 y ss., y también Perelman [II], pp. 56 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

decir, así como los argumentos que apoyan tal tesis. Al calificarla como ciencia empírica piensa que, en un sentido negativo, el término se conecta con la oposición tradicional entre experiencia y metafísica. Al comentar las pretensiones empiristas de Schlick que trata de reducir las ciencias normativas a ciencias de hecho, dice que coincide plenamente con el positivismo lógico en su oposición a la especulación metafísica, y que aun cuando no acepta la reducción de las normas a hechos, la descripción del derecho positivo no es menos empírica que la de la ciencia natural. El argumento utilizado es que el objeto descrito permanece dentro de los límites de la experiencia, ya que se trata de normas puestas en el tiempo y en el espacio por actos humanos, descartándose el caso de normas provenientes de instancias trascendentes y sobrehumanas.[6]

En un sentido positivo busca ahora conectar a la jurisprudencia con la experiencia sensible, con el mundo de los hechos. Su tesis es que tanto la existencia como el contenido de una norma jurídica están condicionadas por hechos "objetivamente verificables". La existencia lo está, dado que 1) la eficacia total del orden al que pertenece la norma, 2) el hecho creador de la misma y 3) la ausencia de un hecho anulador, son condiciones necesarias para afirmar la existencia de una norma jurídica.[7] Esta afirmación es entonces, al menos parcialmente, verificable empíricamente.[8] El contenido de una norma jurídica y el de un orden jurídico positivo se pueden determinar también, asevera Kelsen, por el método objetivo. A la existencia y contenido de las normas jurídicas "corresponde una cierta realidad social".[9] En este contexto añade Kelsen que también los juicios que afirman que una conducta se adecua o no a una norma jurídica, son juicio empíricos "testables objetivamente con ayuda de los hechos" y, por tanto, "admisibles dentro de la ciencia del derecho".[10]

Así las cosas, ¿qué relevancia tiene para la metodología de la jurisprudencia el que sea una ciencia empírica? Hay que tener presente, para contestar esta pregunta, que la metodología no es una descripción de los procesos psicológicos del científico, sino una reconstrucción racional de los procedimientos con que justifica sus afirmaciones. Es, en palabras de Lakatos, un conjunto de reglas para evaluar soluciones dadas, las cuales incluyen criterios de demarcación y/o definiciones de ciencia y reglas para la aceptación y rechazo de teorías. Estas reglas no deben confundirse con las técnicas usadas para obtener los datos o para verificar hipótesis-tipos de observación, de experimentación, de contrastación, etcétera.[11]

Hecha esta aclaración, la consecuencia de considerarla como ciencia em-

[6] Kelsen [XIII], p. 163 y [XX], pp. 60 y ss. y 82.
[7] No son condiciones suficientes, ni siquiera conjuntamente, ya que se requiere, en su opinión, suponer la norma básica como condición que ofrece la validez.
[8] Kelsen [XIII], p. 48.
[9] *Ibid.*, p. 49. En el caso del contenido interviene la interpretación, de la cual se hablará abajo.
[10] *Ibid.*, pp. 48 y ss.
[11] Lakatos, p. 92, Bunge, pp. 25 y ss. Véase también Rudner, pp. 4 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

pírica, aunque no sea ciencia fáctica, implicaría que las reglas para decidir si un juicio es científico o no, representan algún tipo de verificabilidad empírica y que la verdad o falsedad de las proposiciones jurídicas se decide apelando, en última instancia, a ciertos hechos empíricos. La peculiaridad de esta ciencia normativa estaría en que sus objetos, las normas de derecho positivo, no serían, sin embargo, reducibles a hechos o a enunciados puramente fácticos. No obstante, este derecho positivo —creado y aplicado por actos humanos que tienen lugar en el tiempo y en el espacio— señala el contexto de validación de las proposiciones jurídicas. En otras palabras, toda afirmación acerca del contenido y existencia de las normas se convalida apelando a hechos verificables.[12]

Todo lo anterior es un fuerte indicio de que la metodología empirista aceptada por Kelsen es, en términos generales, la del empirismo lógico del Círculo de Viena, con el cual coincide en el rechazo tajante de todo intento de afirmar la existencia de objetos trascendentes que no sean susceptibles de verificación empírica. Independientemente de las técnicas que utiliza la jurisprudencia, el empeño de Kelsen es hacerla una ciencia empírica, disminuyendo la distancia que con las ciencias naturales mantenían los teóricos neokantianos de las ciencias de la cultura y de las ciencias del espíritu. Esta tendencia kelseniana a la unificación metodológica de las ciencias justificó el hecho de que su artículo sobre causalidad o imputación fuese publicado en la revista *Erkenntnis*, editada por los miembros del Círculo de Viena y cuyo subtítulo era *The Journal of Unified Science*.[13] Estas inclinaciones a la unificación empirista de la metodología científica, motivadas por sus tendencias antimetafísicas y antidualistas, no se vieron, empero, desarrolladas.

Esta tendencia no se restringía, en modo alguno, a la descripción y se supone que la interpretación de las normas jurídicas operaría únicamente con las normas cuya existencia ha sido demostrada, y que lo mismo podría decirse con respecto a la sistematización. En otras palabras, ambas tareas suponen la solución del problema empírico de la identificación de las normas del orden jurídico que se quiere estudiar, esto es, de la presencia de un criterio que identifique a las normas existentes. Se sabe ya que la solución metodológica kelseniana está en la norma básica.[14] Empero, en lo referente a la interpretación, sus escasas afirmaciones acerca de los métodos de interpretación no hacen referencia a técnicas ni de la lógica ni de la semántica. En Kelsen no hay, pues, ningún tratamiento de los procedi-

[12] Para las nociones de contexto de validación y contexto de justificación, véase Reichenbach, p. 260. Ayudaría a entender la posición de Kelsen el concebir las propiedades normativas como "supervenientes" esto es, que dependen de los hechos pero no se reducen a ellos.

[13] Véase *Erkenntnis*, vol. 8, 1939, pp. 69-130. En las últimas páginas de *Sociedad y naturaleza*, puede leerse la opinión de Kelsen en el sentido de que el dualismo naturaleza-sociedad es problemático y que no hay obstáculo, en principio, para considerar a la sociología como ciencia natural. Véase el cap. VII.

[14] Véase para críticas Raz [I] y [II], y Alchourrón y Bulygin [I], pp. 72 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

mientos o técnicas conforme a los cuales los juristas interpretarán y sistematizarán el material identificado.

Ciertamente que la tarea sistematizadora no puede ser una mera repetición o reproducción de las normas positivas, y que tanto la construcción como la reformulación de un conjunto de normas plantean una serie de problemas lógicos que se refieren a las relaciones entre las normas y que exigen una consideración minuciosa.[15]

1.2 Extraordinariamente marcada es en Ross, desde [I], la tendencia a calificar a la ciencia jurídica como una disciplina empírica. Se transcribieron y comentaron ya los pasajes en que la presenta como doctrina sobre la conducta humana, sobre fenómenos psico-físicos y sociales. En ellos se aboga por un método empírico, aunque nunca se precisó en qué consistía. Claramente se rechazaban todos los intentos metafísicos de jusnaturalismo, así como el método normativo de la teoría pura. El método por usarse sería el de una ciencia social, aparentemente igual al método de las ciencias naturales, hecha la salvedad de que el objeto de la ciencia jurídica no sería la conducta real, sino los fenómenos psíquicos y sociales dentro de los cuales se incluía a las normas como simples racionalizaciones.[16]

Las consideraciones introducidas en [II] permiten ser más explícito en relación con el método de la ciencia jurídica. El punto de partida sigue siendo someter a la ciencia del derecho a la metodología empirista moderna, en particular a "los patrones de observación y verificación".[17] En sus tareas de describir, sistematizar, interpretar y predecir el derecho vigente, habrá de apegarse a los principios empiristas, pero no se dice siempre expresamente cómo y en qué medida.

En primer lugar, la descripción del orden jurídico vigente equivale al descubrimiento del contenido ideal —ideología— que funciona como esquema de interpretación del derecho en acción. En este proceso la relevancia del método empírico se sugiere al decir Ross que esta ideología es una abstracción de la realidad social. Por esta razón los métodos empíricos de la sociología jurídica son indispensables para probar cuál es el derecho vigente. Sólo tal sociología puede decirnos cuáles son las acciones sociales interpretables por las normas jurídicas.[18] La hipótesis inicial que formula Ross es que un conjunto de normas "está vigente" o "es derecho vigente", si sirve como esquema de interpretación de un conjunto de acciones sociales, esto es, si nos permite "comprenderlas como un todo coherente de significado y motivación y... predecirlas".[19]

Más adelante especifica este autor cuál es el método para averiguar si una norma es derecho vigente, es decir, si la proposición jurídica acerca de esa norma es verdadera. Fiel a su distinción entre normas de conducta y normas de competencia, principia por las normas de conducta. De inme-

[15] Véase Alchourrón y Bulygin [I], pp. 78 y ss.
[16] Véase *op. cit. supra*, cap. IV.
[17] Ross [II], p. xiii.
[18] *Ibid.*, pp. 19 y ss.
[19] *Ibid.*, p. 34.

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

diato declara su aceptación del empirismo advirtiendo que, en tanto proposiciones acerca de la realidad (en oposición a las de la lógica), implican necesariamente experiencias directas o consecuencias verificables. Los enunciados referentes al derecho vigente aludirán entonces a que, dadas ciertas condiciones, se darán en el futuro ciertas decisiones de los tribunales.

Es obvio que tanto la condición, como la consecuencia tienen que ser empíricamente verificables, constituyendo por tanto una predicción de decisiones jurídicas futuras que parecen agotar "el contenido real" o significado de las afirmaciones de la ciencia jurídica. No desconoce Ross, sino que más bien recalca, el carácter relativo y probable de tales afirmaciones. Sin embargo, su conclusión sigue siendo que las aserciones de la ciencia jurídica referentes al derecho vigente son "una predicción de acontecimientos sociales futuros".[20]

Con relación a la verificación de las proposiciones jurídicas referentes a normas de competencia, se sigue, en principio, la misma línea, dado que son "normas de conducta indirectamente formuladas". En este caso las consecuencias empíricas que permitirían confirmar o refutar la veracidad de tales proposiciones son la anulabilidad y la responsabilidad que se observarían en caso de no seguirse las condiciones fijadas por la norma de competencia.[21]

Hasta este momento se ha hablado de descripción del derecho vigente como algo diferente de su interpretación. Es claro que toda descripción, sin embargo, implica una interpretación y que, como sabemos, los enunciados normativos son susceptibles de múltiples interpretaciones. En este punto Ross insiste en su perspectiva empirista y recomienda la búsqueda de la "interpretación vigente" que habrá de hacerse con procedimientos empiristas. El "buen método jurídico" es que el jurista formule sus interpretaciones con un grado de certeza considerable, escribe Ross, o para decirlo en otras palabras, debe tener fundamentos en las experiencias presentes y pasadas para predecir. Esta sería una distinción metodológica entre la teoría y la política; ya que cuando el grado de certeza con que el jurista hace sus interpretaciones predictivas es pequeño, se trataría más bien "de consejos y sugerencias para los jueces" que de ciencia. No se le oculta que, sin embargo, las predicciones hechas por los juristas pueden afectar los resultados previstos, peculiaridad bien conocida en las ciencias sociales. Por todo ello no vacila en reconocer que no es posible trazar una división tajante entre ciencia y política jurídica.[22] Conviene recordar que, aparte del método empirista defendido también con respecto a esta tarea, anteriormente nos ocupamos de los métodos de interpretación como técnicas lógicas y semánticas específicas para cumplirla.

La última tarea por mencionar es la llamada sistematización, ya que

[20] No está de más recalcar que el método aquí esbozado es el *rationale* en que se basaría la aceptación o rechazo de tales afirmaciones, y no las técnicas con que se llevarán a cabo tales verificaciones. *Ibid.*, parágrafo IX.

[21] *Ibid.*, parágrafo X.

[22] *Ibid.*, pp. 44 y ss. y 105 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

Ross reconoce que la exposición del contenido —ideología— normativo se hará en "un sistema integrado".[23] A este respecto se dijo ya que tal sistematización facilitaría el conocimiento y aplicación del derecho vigente. Las razones de su realización son por tanto teóricas y prácticas. El empirismo proporcionaría los límites metodológicos de lo que habría que denominar derecho vigente y, por tanto, del material con que se ha de operar y en el que se han de fundamentar las afirmaciones de la jurisprudencia. Sin embargo, en un sentido más estricto y quizás más propio de método, nada se encuentra respecto a los procedimientos por seguir para tratar el problema de la sistematización.

En principio ambos filósofos están, pues, de acuerdo con el empirismo en tanto implica que las afirmaciones acerca del derecho positivo tienen que verificarse con hechos. Se rechazan, de este modo, las tesis de una metafísica platonizante que intentó colocar a las normas en un mundo trascendente. Este grado de empirismo es sano y aceptable. Las aparentes diferencias metodológicas quedan un tanto oscurecidas por la imprecisión con que usan el término método y por otras confusiones que conviene aclarar antes de justipreciar tales diferencias.

Se ha observado ya que en ocasiones el término método es usado en un sentido tan amplio que incluye las convenciones que delimitan el objeto de conocimiento, o menos pretensiosamente, el campo de problemas de una disciplina. En un sentido más restringido se habla de técnicas y procedimientos para resolver dichos problemas. Ciertamente que el nivel en el que se colocan las posibles divergencias entre nuestros autores parace ser el primero; por lo cual se le dedicará una particular atención. Por otro lado, también es cierto que la metodología de la ciencia jurídica ha sido muy descuidada, incurriéndose comúnmente en el error de construir un conjunto de reglas prescriptivas sobre cómo deberá hacerse la ciencia, en lugar de atender a lo que de hecho han venido haciendo los juristas. Como consecuencia de tal tendencia no sería difícil que la ciencia del derecho tuviese más tareas que las consideradas por el teórico general, o que quizás algunas de las tareas fijadas por él no sean ejecutadas por los científicos.[24]

En lo que al sentido amplio de "método" se refiere, la delimitación del objeto supone cuestiones ontológicas, lógico-lingüísticas y epistemológicas, en cada una de las cuales podría hablarse de empirismo.

En el aspecto ontológico podría discutirse, por ejemplo, qué clase de entidades son las normas, si son fenómenos físicos, lingüísticos, mentales o de otro tipo. Ambos autores son parcos en el tema, pero parecen coincidir en aceptar objetos no físicos, de carácter abstracto y que pueden llamarse construcciones lógicas o conceptuales hechas a partir de datos empíricos. Las normas serían entidades de este tipo y, a diferencia de las normas trascendentes del derecho natural, son susceptibles de una descripción y de una

[23] *Ibid.*, p. 19.

[24] A partir de la obra de Kuhn, la idea de lo que es una teoría científica y cómo se desarrolla ha sido seriamente cuestionada. Véase Stegmüller, cap. V, y la abundante bibliografía sobre el tema citada al final de ese texto.

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

verificación empíricas. La insistencia en la positividad y en la vigencia es reveladora de una actitud común que bien puede llamarse empirista o positivista.

En el plano lógico-lingüístico Kelsen es particularmente pobre en el señalamiento de la sintaxis y la semántica que subyacen a su modo de ciencia jurídica. En ambos, pero en especial en Ross, se dibuja la idea de un lenguaje científico diferente del lenguaje ordinario, cuestión a la que ya nos referimos antes. Debido a esto, la objeción de Ross al deber ser kelseniano, que parece ser una objeción de tipo semántico, nunca se discute con claridad. Parecería, en principio, que Ross pretende reducir el lenguaje normativo, esto es, el lenguaje de las normas a un lenguaje puramente descriptivo. Este intento, perseguido en el nivel metalingüístico de las proposiciones jurídicas que describen y explicitan el significado de las normas, es una preocupación más que un logro de Ross. En su última obra, de la que ya se dijo algo anteriormente, ese intento por formular una lógica y una semántica de las normas queda inconcluso, y fracasa. De cualquier manera, aunque va más allá de Kelsen, no puede decirse que lo contraríe, ni tampoco que sea más empirista en su metodología.[25]

En el ámbito epistemológico ambos rechazan la tesis kantiana de un conocimiento que pudiera mostrar normas absolutamente válidas.[26] Ninguno es tampoco racionalista en el sentido tradicional y al aceptar la tesis verificacionista para la ciencia jurídica se ponen prácticamente del mismo lado.[27] Aun hablando los dos expresamente de ciencia empírica, una diferencia metódica importante se sugiere cuando Kelsen califica a la ciencia del derecho, de ciencia del espíritu.[28] Este término se opuso con frecuencia al de ciencias naturales, precisamente con el argumento de una esencial diferencia en el método. Las ciencias naturales usaban del método causal-explicativo, mientras que las del espíritu apelaban a la comprensión racional *(Verstehen)*.

La diferencia entre nuestros filósofos no es empero perceptible. Ambos consideran a la ciencia del derecho como una ciencia social y, más aún, es Ross quien declara que el sistema de normas sirve como esquema de interpretación para "comprender" un conjunto de acciones sociales "como un todo coherente de significado y motivación".[29] Si las normas vigentes permiten la comprensión de los fenómenos sociales y la ciencia jurídica expone tales normas, se concluye que tal ciencia hace posible la comprensión de las acciones y no sólo su explicación en el sentido de la ciencia

[25] A este nivel la divergencia concierne a posiciones filosóficas que se verán más abajo.

[26] Ross remite constantemente a su primera obra que se llama precisamente *Crítica del llamado conocimiento práctico*, y Kelsen en [XX], p. 415, lo rechaza también citando expresamente los argumentos de esa obra de Ross, para quien el concepto de conocimiento práctico es contradictorio.

[27] La diferencia parecería estar en lo que respecta al *status* de la filosofía, de lo cual se habla también más abajo.

[28] Kelsen [XX], p. iii, que reproduce el prólogo a la primera edición.

[29] Ross [II], p. 34.

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

natural. Estas afirmaciones, extraídas de Ross, resultan curiosas si se recuerda que todos los empiristas defienden el monismo metodológico, es decir, la existencia de un solo método científico y la tesis de la unidad de la ciencia.[30] En suma, por un lado ambos autores manifiestan una tendencia monista, sin lograr probar sus pretensiones y, por otro, ninguno logra reducir totalmente los resultados de la ciencia jurídica al modelo explicativo de la ciencia natural.

En un sentido restringido, "método" abarcaría tan sólo las técnicas y procedimientos para resolver problemas dentro de una ciencia. Hemos visto que a este respecto es poco lo que se encuentra en ambas teorías con relación a la descripción y sistematización de las normas. En Ross existe, en cambio, un amplio tratamiento de los métodos o técnicas de la interpretación, ausente de la teoría pura.

En todo caso parece útil distinguir en este ámbito, siguiendo a Alchourrón y Bulygin, dos tipos de problemas: lógicos y empíricos. Así, pueden señalarse como problemas empíricos típicos de la ciencia jurídica moderna, la búsqueda de criterios para saber si una norma pertenece o no a un sistema jurídico determinado o si una interpretación es o no vigente. En este punto la respuesta de la teoría pura es la norma básica, la cual en gran medida se elige conforme a la experiencia.[31] La tesis de Ross es, con mayor énfasis, de carácter empirista, ya que es conforme a esta metodología que se identifican las fuentes formales del derecho vigente.[32]

Entre los problemas lógicos se destacan los relativos a la interpretación, implicada en toda descripción, en la cual se buscan las consecuencias que se siguen lógicamente de las normas. En la sistematización recuerdan los autores argentinos que por tratarse de una reformulación del sistema, el uso de procedimientos lógicos estrictos es indispensable para garantizar que tal reformulación tenga las mismas consecuencias normativas que el sistema original, evitándose así la modificación del derecho hecha por el jurista al pretender simplemente describirlo y ordenarlo.

Todo lo anterior hace ver que ciertamente la ciencia jurídica es empírica y utiliza métodos empíricos, aunque de ningún modo puede aceptarse que sea puramente empírica y no utilice métodos lógicos. No hay, dicen con razón Alchourrón y Bulygin, ciencia puramente empírica.[33]

En conclusión, las diferencias metodológicas con relación a la ciencia

[30] Stegmüller, p. 104. Para considerar objeciones serias contra esta tesis véase Von Wright [III], quien distingue el método explicativo de la ciencia natural, del método de la "comprensión" de las ciencias del espíritu, llamadas también sociales o del hombre. En este sentido se pronuncia también Winch.

[31] "La norma básica de un orden jurídico nacional no es el producto arbitrario de la imaginación jurídica. Su contenido está determinado por hechos" [XIII], p. 120. Una norma básica de carácter más empírico se encuentra en la "regla de reconocimiento" de Hart, *The Concept of Law*, cap. VI.

[32] Recuérdese que Ross termina hablando también de una norma básica. Una solución diferente a la norma básica, sea la de Kelsen, la de Ross o la de Hart, se encuentra en Raz [IV].

[33] Alchourrón y Bulygin [I], pp. 50 y ss., 65 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

jurídica entre ambas teorías son ciertamente mínimas y menores que sus similaridades de carácter empirista.

2.1 Es bien sabido que en la historia de la filosofía se han postulado diversos métodos, declarándoseles a menudo como los únicos e identificando a la filosofía como el uso de éstos.[34] Antes de tratar de clasificar a Kelsen y de considerar cuáles son sus pretensiones respecto al método filosófico, conviene hacer una aclaración.

En la primera parte de la obra se dijo que el jefe de la Escuela de Viena no hablaba de su teoría como parte de la filosofía del derecho, sino como una teoría general del derecho. Sin embargo, los alcances filosóficos de su teoría son bastante obvios. Sostiene, como sabemos, que el conocimiento "crea su objeto". A partir del material dado a los sentidos, el proceso cognoscitivo opera conforme a sus "leyes inmanentes" y es esta legalidad del conocimiento la que garantiza la validez objetiva de sus resultados. Estas leyes son las condiciones objetivas del conocimiento, en sentido kantiano, sus condiciones de posibilidad.[35] Al proporcionar tales condiciones la teoría pura aspira a ser una teoría del conocimiento jurídico y, en ese sentido, no puede negar su carácter filosófico trascendental.

Siendo así, la pregunta es cómo se obtienen tales condiciones y cuáles son. Puede contestarse señalando que las condiciones son los principios, categorías y conceptos a los que se debe ajustar la ciencia jurídica si quiere producir resultados objetivos. En otras palabras, es el aparato conceptual o marco categorial de la ciencia jurídica que clasifica y organiza el material jurídico.[36] Aunque se han apuntado ya anteriormente cuáles son estos postulados, categorías o principios y conceptos (deber ser o imputación, norma básica, definición del derecho, etcétera), es el momento de inquirir cómo se obtienen. El marco categorial ¿es descubierto, inventado o construido conforme a ciertas reglas?, ¿es de un carácter absoluto o relativo?

El camino seguido por Kelsen para obtener el marco conceptual de la ciencia jurídica es semejante al emprendido por Kant al inquirir por las condiciones del conocimiento teórico en general. Kant, como otros filósofos, buscaba descubrir los conceptos más generales y formular los principios que explicaran su aplicabilidad. Igualmente intentó diferenciar las categorías, mostrar sus relaciones y su relevancia para el pensamiento científico. Este marco categorial construido por Kant resultó de un análisis del pensamiento científico de su tiempo.[37]

Aun cuando vimos un texto en el que Kelsen sugería que los conceptos básicos se obtenían a partir de la idea del derecho, la tendencia general y el resto de los textos hablan de un análisis lógico practicado sobre los enunciados con que la ciencia jurídica describe su objeto. A través de este

[34] Körner [II], p. 20.
[35] Kelsen [IX], pp. 335 y ss.
[36] Véase con respecto a la noción de marco categorial Körner [III].
[37] Körner [II], pp. 192 y 214.

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

análisis se establecen las presuposiciones bajo las cuales es posible hacer afirmaciones sobre el derecho positivo.[38]

En este contexto conviene introducir una distinción muy conocida entre dos tipos o técnicas de análisis filosófico. En tanto tipos usados con propósitos clasificatorios tienen un carácter relativamente ideal, con lo cual se quiere decir que los filósofos han sido catalogados según su mayor o menor cercanía al tipo en cuestión. Los llamados filósofos del "lenguaje ordinario" creen que el análisis lógico tiene por objeto representar tan precisamente como sea posible el lenguaje analizado. El extremo opuesto, denominado a veces "filosofía del lenguaje formal", ve como tarea revisar el uso ordinario de los conceptos y, en ocasiones, construir un lenguaje lógicamente perfecto o ideal.[39] No cabe duda de que el punto de partida de la teoría pura es el lenguaje de los juristas, entendido como un lenguaje relativamente técnico o científico. Lo importante es decidir si el método kelseniano se limita a describir las pautas del comportamiento de tales expresiones y términos, o pretende más bien construir un modelo de cómo deberán usarse tales términos y expresiones para evitar confusiones e inconsistencias.

No es necesaria una detallada revisión de la obra kelseniana para advertir una clara tendencia constructiva. En efecto, propone usos nuevos para la palabra deber ser. Igualmente rechaza otros usos tradicionales de los conceptos ilícito y consecuencia del ilícito, por incluir en ellos elementos morales valorativos que la relatividad de los juicios de valor hace indefendible objetivamente, ya que conducen a inconsistencias. También rechaza distinciones acostumbradas como la hecha entre norma jurídica y deber jurídico, determinando este último concepto como una mera función de la norma y vinculándolo "esencialmente" al concepto de sanción.[40] Cierto es que en algunos párrafos muestra una tendencia al simple registro o exhibición de las reglas de uso o, más en una línea kantiana, de los presupuestos de ciertos juicios de la ciencia jurídica. Tal es el caso de la norma básica, indispensable para interpretar ciertos actos como jurídicos.[41]

Como se apuntó más arriba, su respeto al lenguaje ordinario se limita a preferir, en igualdad de circunstancias, un concepto coincidente con el uso común.[42] En ese mismo párrafo escribe que "podemos definir libremente los términos que queremos usar como herramientas en nuestro uso intelectual. La única cuestión es si sirven para el propósito intelectual al que los destinamos". En vista de lo anterior no es sorpresivo que el método kelseniano haya sido expresamente calificado como "reconstrucción racio-

[38] Véase Kelsen [XVII], p. 612.
[39] Para la contrastación de los dos métodos, véase Körner [II], pp. 26-32 y Savigny [II], así como la discusión entre Carnap y Strawson en Carnap [I], pp. 503-518 y 933 y 940.
[40] Véase Kelsen [XX], pp. 10, 117, 120.
[41] *Ibid.*, p. 47.
[42] Véase Kelsen [XIII], p. 4.

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

nal".[43] Esto, sin embargo, no significa, como es obvio para cualquier lector de Kelsen, que su clarificación filosófica haga uso, como es común entre los constructivistas, de las técnicas rigurosas de la moderna lógica formal y de la semántica.

Las consecuencias de clasificar a Kelsen, utilizando sin reservas una tipología utilizada para la filosofía analítica contemporánea, representarían una cierta distorsión de su método filosófico. Al no recurrir a las modernas herramientas de la lógica y de la semántica, su análisis filosófico es más bien de un estilo tradicional que recordaría y seguramente se inspiró en Kant. Al clasificar a Kant, Körner ha dicho que llevó a cabo un brillante análisis en el que exhibió las reglas de uso del lenguaje común y científico de su tiempo.[44] Ciertamente que si comparamos el trabajo de Kant con los análisis modernos del lenguaje ordinario, se notarán grandes diferencias. Entre estos filósofos, particularmente localizables en Inglaterra, existe la preocupación de atender al funcionamiento del lenguaje ordinario, discerniendo *qué* aspectos de este empleo son de interés y *por qué* razón. Quieren saber, dice Strawson, por qué nuestro aparato conceptual actúa como lo hace y como está enraizada la naturaleza de nuestro pensamiento en nuestra naturaleza y en la del mundo.[45] No es extraño entonces que, después de todo, el método kantiano haya sido comparado más bien con el método del *Tractatus* de Wittgenstein, ejemplo clásico de construcción formal ideal, que con la obra de Ryle o de J. L. Austin.

En conclusión, parecería que Kelsen lleva a cabo un análisis constructivista, pero sin la herramienta moderna y que, en consecuencia, su punto de partida y su punto de llegada siguen en el ninvel del lenguaje ordinario. El método de reconstrucción racional recurre, desde su aparición expresa en Carnap, a un metalenguaje formal,[46] mientras que el método del lenguaje ordinario no dispone de ese metalenguaje y el filósofo tiene que, en palabras de Strawson, "hacerse sus propias herramientas". Lo anterior no quiere decir, por supuesto, que su metavocabulario para describir y clasificar no deba ser lo más sistemático posible.[47]

La obra del Kelsen es, pues, diferente metodológicamente a un caso clásico de filosofía analítica del lenguaje ordinario en el área del derecho, como lo es *El concepto de derecho* de Hart, pero también difiere considerablemente, en las técnicas usadas, de una reconstrucción racional típica como la que llevan a cabo por ejemplo Alchourrón y Bulygin con la noción de sistema normativo. La pretensión de Kelsen, como lo era la de Stammler y también la de Carnap, era construir un sistema de conceptos a partir de ciertos conceptos fundamentales de los cuales puedan derivarse los demás. La diferencia notable reside en las técnicas y herramientas empleadas.

[43] Golding, p. 71, Carrió [II], pp. 10 y ss., y mucho antes que ellos F. Kaufmann [II], p. 384.
[44] Körner [II], p. 214.
[45] Strawson [I], pp. 126 y ss.
[46] Carnap [II] y [III].
[47] Strawson en Carnap [I], p. 503.

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 afirmaciones anteriores permiten abordar otra cuestión, especialmente relevante en una comparación con Ross. ¿Es verdad, tal y como se asentó más arriba, que la teoría pura se mantiene en el nivel del lenguaje ordinario? ¿Parte del lenguaje ordinario o de un lenguaje científico? ¿Qué cambios introduce exactamente?

Para empezar conviene dejar asentado que, salvo el caso de las ciencias formales, el límite entre lenguaje natural y lenguaje científico no está rígidamente marcado.[48] El llamado lenguaje de la ciencia jurídica o lenguaje de los juristas, es una parte del lenguaje corriente, y aun cuando tiene partes técnicas, sus elementos más importantes nos son familiares y necesarios para nuestra orientación en el mundo.[49] Los conceptos utilizados por el jurista son revisados y reconstruidos de manera más exacta y fructífera con objeto de formar una teoría o marco conceptual sistemático.[50] En el caso de que la teoría pudiese ser axiomatizada a partir de las teorías existentes, se podría hablar de una metateoría, pero es claro que en el campo de la ciencia jurídica esto no es sino una esperanza. Más bien se pasa de una parte del lenguaje de los juristas a otra parte más precisa, pero sin que propiamente pueda hablarse de dos lenguajes distintos de diferente nivel.[51]

En resumen, la teoría pura no introduce la distinción de niveles de lenguaje y ni siquiera la noción de lenguaje, sea éste legal (de las normas) o jurídico (de los juristas). No es entonces una metateoría, sino una revisión de las teorías generales existentes o, mejor dicho, una nueva teoría general que pretende mostrar claramente cuál es la esencia y la estructura del derecho. En otras palabras, aspira a resolver al menos algunos de los problemas filosóficos del derecho.

En este punto conviene volver sobre la cuestión de si lo que hace la teoría pura es o no filosofía. Tradicionalmente se ha supuesto que la filosofía del derecho ha de resolver cuál debe ser el contenido del derecho, pero a la luz de la filosofía kantiana y neokantiana, la filosofía se ocupa de los fundamentos y condiciones puramente formales del conocimiento. En este sentido la filosofía jurídica tratará de determinar la mera forma del derecho positivo. Aun cuando el propio Kant en el terreno de la moral y Stammler en el del derecho, no se contentaron con un formalismo estricto y buscaron determinar el contenido a través de la forma, el formalismo estricto de Kelsen coincidía con una concepción de la filosofía originada en Kant, por lo cual está plenamente justificado calificar a su teoría como filosófica.[52]

[48] Carnap [I], p. 934.

[49] Olivecrona, p. 7 y Capella, pp. 242 y ss. La posición de este último autor no es muy clara al respecto, pero pueden verse sus distinciones de los niveles del lenguaje jurídico en el primer capítulo.

[50] Carnap [I], p. 934.

[51] El hecho de que se hable de expresiones lingüísticas y no de objetos supone una diferencia de niveles de lenguaje, pero no necesariamente la existencia de dos lenguajes diferentes: uno ordinario y otro científico.

[52] Weyr [I], pp. 501 y ss. Recuérdese, empero, que Kelsen mismo se negó a ello, aun cuando calificó a su doctrina como teoría del conocimiento jurídico.

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 clasificar a la teoría kelseniana como formalista, se implica de alguna manera que utiliza un método formal y ello obliga a tratar de esclarecer qué se entiende en ella por método formal. Se sabe que Kelsen fue muy parco en la distinción entre forma y materia, insistiendo siempre en que era una distinción relativa. En otras palabras, un conocimiento es formal en relación con algo, dependiendo su grado de formalidad del contenido sensible.[53] Ciertamente que los conceptos de la teoría pura, a diferencia de los puramente formales de la lógica y la matemática que no tienen referencia fáctica, se aplican a objetos de la experiencia. Aunque tal aplicación no sea directa en vista de que se trata de una teoría general y no de dogmática de un sistema jurídico positivo, se trata de conceptos cuyo sitio natural es la ciencia y cuyo uso facilita la descripción del derecho. Más aún, la definición de estos conceptos alude a fenómenos reales como la coacción o uso de la fuerza, la existencia de conductas que crean y aplican las normas, etcétera.

Por lo demás, dos propósitos justifican el "formalismo" de la teoría. Si se pretende elaborar una teoría general, es correcto creer que sólo los conceptos formales pueden ser suficientemente generales, por más que la mayor generalidad no coincide necesariamente con el mayor formalismo.[54] Por otra parte, al oponerse a la doctrina del derecho natural, se niega que existan contenidos necesarios para todo derecho positivo. En opinión de Kelsen todas esas afirmaciones conducen a la ciencia jurídica al nivel de una ideología. Es bien sabido que según su famoso *dictum* el derecho puede tener cualquier contenido[55] y, en ese sentido, su teoría es aplicable a todo derecho posible.[56]

Pero si bien lo anterior explica de algún modo el formalismo kelseniano, aún queda por averiguar cómo se obtienen tales conceptos. En otras palabras, si su carácter formal fuese absoluto, no habría duda de que serían totalmente independientes de la experiencia. Empero, se dijo ya que se toman del contenido de las normas del derecho positivo o, mejor aún, de los enunciados que describen a tales normas. ¿Le quita ello su independencia de la experiencia? ¿Se convierte en empírico el método de su obtención como se ha querido interpretar a Kelsen? El hecho de que se descubran examinando los pensamientos y juicios de la ciencia jurídica no implica

[53] En esto se distinguiría del dualismo *a priori-a posteriori* que es absoluto. Sólo la lógica formal lo sería de manera absoluta, pero no así la teoría pura que tendría meramente un carácter relativamente formal. Véanse los comentarios de F. Kaufmann, miembro de la Escuela de Viena, en [I], p. 22.

[54] F. Kaufmann [I], p. 23.

[55] Véase en contra, Hart [I], p. 23.

[56] Para evitar los equívocos a que conduce el término "formal", cuyo sentido en la lógica es bastante preciso, quizá convenga más decir que la teoría del derecho, al pretender explicar todo sistema jurídico, tiene que referirse a características muy generales y abstractas poseídas por todo sistema jurídico. Véase en ese sentido Raz [V], pp. 490 y ss. Sobre la conveniencia de los conceptos generales y abstractos en las teorías puede verse Bunge, pp. 431 y ss. Sobre los diversos sentidos de "formalismo jurídico", consúltese Bobbio [V], cap. I.

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

que se abstraigan de la percepción. Es claro que de ellos no puede inferirse ningún juicio acerca del contenido del derecho positivo presente, pasado o futuro, aunque no es menos cierto que se refieren a objetos de la experiencia. La mejor manera de entenderlos es entonces interpretarlos como conceptos teóricos, a partir de los cuales se forman reglas para construir una teoría científica de cierto tipo. El método de descubrimiento es, como ya se vio, un análisis lógico de los presupuestos de la ciencia jurídica tradicional y, por consiguiente, no un método empírico.[57]

Esta línea de argumentación, paralela a la de Kant, conduce a un problema importante. Hay que tener presente que este filósofo pretendía haber descubierto un marco categorial tanto por la ciencia, como para la moralidad. El análisis no se limitaba, empero, a la exhibición de tal marco conceptual, sino que intentaba justificarlo —deducción trascendental— como único, indispensable, completo e incorregible. Estas últimas pretensiones, sin embargo, no pueden considerarse cumplidas por Kant.[58]

En el caso de Kelsen, no es claro si se tienen las mismas pretensiones. Se ha visto ya que en su segunda época admitía que su sistema conceptual podía ser incompleto y, en ese sentido, corregible. No se señalaba, sin embargo, si tal corrección se limitaría a nuevas divisiones de los conceptos existentes, o si cabría la posibilidad de introducir nuevos conceptos básicos. Menos aún se pronunció respecto a la posible sustitución de su aparato conceptual por otro, aunque era perceptible una actitud cada vez más abierta. Estas reflexiones apuntan a una cuestión sobre la cual aún está pendiente una investigación detallada y que se refiere al grado de dependencia que tiene la teoría pura con la filosofía kantiana y neo-kantiana.[59]

La mayor o menor independencia de la teoría no niega, en modo alguno, la indudable influencia de ciertos supuestos filosóficos neokantianos en el método kelseniano y en sus resultados. Esto permite comprender fácilmente el hecho de que la lista de conceptos jurídicos fundamentales ad-

[57] El paralelo con Kant es evidente. Véase Körner [IV], pp. 44 y ss., 100 y ss.

[58] Se ha argumentado que son, por lo demás, pretensiones imposibles de satisfacer. Véase Körner [I], [II], p. 215 y [III], p. 72.

[59] Como puntos de partída de tal investigación pueden citarse las opiniones de Treves, quien ve en Cohen la influencia filosófica más importante. En cambio, de los miembros de la Escuela de Viena vale la pena citar a F. Kaufmann [II], p. 389, para quien la crítica metodológica de la teoría pura es perfectamente aceptable, por más que los supuestos filosóficos neokantianos sean rechazables. En igual sentido declaró Kuntz, p. 114, que la verdad de la teoría pura era independiente de la filosofía neokantiana de Marburgo. Un discípulo ortodoxo de Kelsen ha escrito recientemente que, sin desconocer la influencia del neokantismo, una teoría científica del derecho, como la teoría pura, puede fundamentarse en toda filosofía dirigida al conocimiento, y no a concepciones del mundo y de la vida, dando como ejemplo al neopositivismo surgido del Círculo de Viena; véase Walter [I], p. 74. Bobbio [III] va aún más lejos y afirma que el estudio de Kant no es necesario para comprender a Kelsen. Convendría tener presente, también, los resultados muy similares obtenidos por la jurisprudencia analítica: Austin, Hart y Raz, desde una perspectiva filosófica muy diferente. Aunque Schuman intenta distinguir al positivismo jurídico de la jurisprudencia analítica, Hart ha llamado a Kelsen "el más importante jurista analítico", y los críticos de Hart lo denominan a él positivista.

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

mitidos por Kelsen difiera de otros catálogos originados en teóricos que parten de supuestos y métodos diferentes.[60]

En conclusión, el método y los supuestos de la teoría pura del derecho conducen a la construcción de un marco conceptual que integra una parte de una teoría general destinada a orientar una descripción científica del derecho. Como tal, no es directamente refutable por la experiencia y su adecuación se discute al compararla con otras teorías generales y al poner a prueba su compatibilidad con los hechos de la ciencia.

2.2 Aunque Ross reconoce que los límites entre la ciencia y la filosofía jurídicas no son estrictos, está dispuesto a afirmar que su teoría es, en términos generales, filosófica. Su concepción de la filosofía es, claro está, distinta de la tradicional, ya que se suscribe incondicionalmente al moderno empirismo. Las fuentes de este pensamiento en que se inspira Ross son, por un lado, su maestro Hägeström y, por otro, las tesis del neopositivismo originadas en el Círculo de Viena, teniendo ambas como denominador común el rechazo a toda metafísica.

Conforme a tales enfoques declara que la filosofía "no es teoría sino método. Este método es el análisis lógico". La filosofía se reduce entonces a "lógica de la ciencia y su objeto al lenguaje científico".[61] Conforme a estas ideas, la filosofía del derecho se identificaría con su método y no sería propiamente una teoría, ni siquiera una teoría general. Esta concepción, formulada en los términos en que lo hace Ross, ha sido calificada por Kalinowski como "un poco vaga y oscura". En efecto, tras de señalar que la filosofía no es teoría sino método, reconoce que la filosofía es lógica. Acertadamente observa Kalinowski que la lógica es una ciencia, y que llamar "lógica" al método fundado en la lógica-ciencia es una metonimia. El método es propiamente un conjunto de operaciones cognoscitivas o, si se quiere, un conjunto de reglas que determinan estas operaciones. La lectura de la obra de Ross presenta una filosofía del derecho que no es, empero, un método cognoscitivo, sino un conjunto de resultados cognoscitivos obtenidos gracias al método del análisis lógico de la ciencia jurídica. En opinión del mismo Kalinowski, la teoría de Ross es propiamente una metaciencia, más que una lógica de la ciencia jurídica o un método de análisis lógico de la ciencia del derecho.[62]

Así las cosas, la comparación con Kelsen exige resolver si la teoría o, más

[60] Aun cuando Kelsen no enumera los conceptos jurídicos fundamentales, de la lectura de su última obra puede inferirse que los centrales son los de: ilícito, sanción, deber jurídico, responsabilidad, derecho subjetivo, competencia, capacidad jurídica, representación, relación jurídica, sujeto de derecho, persona jurídica, que son los analizados en [XX]. Quizá pueda añadirse como fundamental al concepto mismo de norma jurídica, por más que dista de ser unívoco, ya que como ha señalado Walter [II], p. 16, puede distinguirse un concepto de norma jurídica estático (ilícito-sanción) y otro de norma jurídica dinámico (que incluye a todas las condiciones de la sanción, inclusive normas dependientes).

[61] Ross [II], p. 25.

[62] Kalinowski [II], pp. 180 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

exactamente, la metateoría de Ross, es o no una metaciencia de la jurisprudencia y en qué difiere de una teoría del derecho. Tentativamente podrían diferir en su objeto, en su tarea o en su método. Un rápido vistazo a las tres posibilidades permitirá contar con más elementos para responder a la cuestión.

En cuanto al objeto parecería que una teoría del derecho, aun siendo general, se ocupa del derecho, de sus características más básicas o esenciales. La metaciencia, por su parte, se referiría claramente a la ciencia jurídica más que al derecho, lo cual no querría decir, desde luego, que no tuviera una referencia indirecta al derecho. Sin embargo, en la comparación de ambos autores esta diferencia no tiene consecuencias importantes. Por un lado, Kelsen no ignora que el punto de partida de su análisis es el *factum* de la ciencia, es decir, la dogmática jurídica. Por otro, Ross no cuenta con una ciencia del derecho suficientemente elaborada como para deslindarla claramente ni del lenguaje ordinario, ni menos de su filosofía jurídica. Por estas razones, la impresión es que ambos autores trabajan con el mismo material. La diferencia es que Ross introduce la moderna distinción entre niveles de lenguaje, aunque sin aplicarla estrictamente en su trabajo.

En lo que concierne a la tarea que se proponen, la coincidencia es casi total: una reconstrucción del marco conceptual necesario para describir al derecho positivo. En este objetivo se incluye la formulación de los conceptos jurídicos fundamentales y, en general, los problemas que la ciencia jurídica no ha resuelto satisfactoriamente, por consistir, sea en premisas que el jurista da por sentadas, sea en cuestiones muy generales que van más allá de su ámbito.[63] Igualmente es notoria la concordancia en el campo de problemas que eliminan de sus teorías. Incluso las diferencias existentes originadas por el enfoque realista de Ross no parecen deberse a que se trate de una metaciencia, sino a ciertos postulados filosóficos.

Por último, respecto al método tampoco se detectan grandes divergencias. Cierto es que Ross está bien dispuesto a usar herramientas técnicas más perfeccionadas —lógicas y semánticas—, pero lo que ambos intentan de hecho es una clarificación conceptual mediante el mismo lenguaje ordinario y, cuando más, mediante una parte más exacta y fructífera del mismo obtenida a través del análisis lógico o conceptual.

En suma, si la metaciencia es 1) una lógica (sintaxis y semántica) de la ciencia; 2) una metodología, y 3) una filosofía que devela los presupuestos y resultados lógicos, epistemológicos y ontológicos de la ciencia,[64] su diferencia con la teoría general del derecho o con la jurisprudencia analítica, se debería más bien a las técnicas más precisas que se emplearían en una metaciencia jurídica estricta, que a sus objetivos finales. En otros términos, la evolución natural de la vieja teoría general del derecho y de la jurisprudencia analítica parece conducir, al menos en una de sus vertientes, a una metaciencia que recurre al instrumental lógico actual, sin dejar de

[63] Véase Ross [II], pp. 25 y ss.
[64] Véase Bunge, pp. 49 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

reconocer que a esa tendencia se opone el bajo desarrollo de la ciencia jurídica. Dado que Ross no ha llegado a aplicar tal instrumental cabalmente al derecho, en realidad no difiere mucho, ni en sus resultados, ni en sus técnicas, de la teoría pura.

A propósito del método usado, conviene recordar que el análisis llevado a cabo por Ross no es tampoco meramente descriptivo y puede fácilmente clasificarse también como reconstrucción racional. Claro está que es cierto que los conceptos jurídicos fundamentales construidos por él no coinciden completamente con los de Kelsen, pero las semejanzas han sido ya explicitadas más arriba y parecen justificar una similtud de métodos. El hecho de que Ross aborde algunos problemas nuevos y otros con mayor amplitud, no habla en contra de lo anterior,[65] El que en ciertas áreas sus análisis sean más ricos y detallados, no oculta el hecho de que su afán reduccionista, afín al positivismo lógico del Círculo de Viena, no se haya visto coronado con el éxito. Como se anotó más arriba, en ningún momento pudo deshacerse por completo del dualismo entre ser y deber ser, entre hecho y norma.

Otras de las huellas de la diferente influencia filosófica que tuvo Ross se manifiesta, además de en el recurso a un moderno equipo lógico, en el abandono de toda deducción trascendental o justificación de la unicidad del marco categorial propuesto. Ross no sostiene, al menos explícitamente, la imposibilidad de un marco categorial alternativo al suyo, si bien tampoco afirma expresamente la posibilidad de utilizar otro esquema categorial para ordenar la experiencia jurídica. Este problema no es, por lo demás, una cuestión puramente histórica. Las tendencias trascendentales se han presentado también en la filosofía reciente, en especial dentro de la llamada filosofía analítica de la lógica, de la ciencia y de la moral.[66]

El hecho de que se pueda decir en general que ambos filósofos emplean el método del análisis conceptual, más o menos con los mismos recursos y supuestos, no implica que sus resultados sean coincidentes en lo referente a la lista de los llamados conceptos jurídicos fundamentales. Más aún, Ross ni siquiera intenta en sus últimas obras una exposición detallada de los mismos. A pesar de ello comparte con Kelsen la tendencia antimetafísica de no aceptar sino los términos necesarios para describir el derecho positivo, es decir, se rechazan los términos tradicionales para describir un supuesto derecho metapositivo o natural, los cuales son vistos simplemente como nociones ideológicas para criticar o justificar subjetivamente al derecho positivo.

Indicadas las semejanzas metódicas de los autores, parece conveniente apuntar una cierta problemática común que aguarda ser tratada con cuidado.

[65] Ross, en efecto, amplía el tratamiento de la interpretación, de la distinción entre derechos reales y personales, público y privado. Introduce además los conceptos de fuentes del derecho y de derecho vigente y bajo el rubro "hechos operativos", se refiere a lo que en la teoría pura se llama "hecho condicionante".

[66] Véase Körner [I].

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 es nuevo, pero sí válido, el cuestionamiento que a los métodos analítico-lingüísticos se les hace respecto a los pocos análisis que se han hecho de lo que significa "análisis". En ocasiones no se ha distinguido con pulcritud el análisis lógico del análisis empírico [67] y este reproche de imprecisión puede hacerse a los jusfilósofos de que se ocupa esta obra.

Un cargo más grave, por lo demás muy reciente, es el que se ha formulado contra la idea generalizada de que el análisis de los conceptos normativos, en particular morales, es lógicamente irrelevante para las cuestiones normativas, esto es, que no implica ninguna actitud frente a los objetos clasificados mediante tales términos.[68] Si bien esto es criticable en el caso de nociones morales tales como bueno, cuyos análisis sin duda implican actitudes positivas, no es muy distinto el caso de conceptos más jurídicos como el de justicia u obligación. En la medida en que son conceptos prácticos, quien los usa tiene actitudes prácticas frente a los objetos así denominados y el llevar a cabo un análisis de tales nociones no se limita a hablar de palabras, sino que habla también de características que proporcionan razones para actuar y que suponen el hecho de tomar actitudes prácticas frente a los objetos o a las acciones.[69]

Quizá a partir de este enfoque pueda abordarse la debatida cuestión del carácter ideológico encubierto de las teorías positivistas. Declarar algo teóricamente como "derecho" o como "obligatorio jurídicamente", ha sido históricamente un método para resolver conflictos normativos y para razonar, a partir de definiciones, sobre principios de conducta.[70] El intento de limpiar asépticamente todo este arsenal conceptual de sus contenidos prácticos —positivos y negativos— que influyen en las deliberaciones y en las decisiones, no parece haber logrado el éxito que esperaban sus propagadores, entre los cuales se cuentan Kelsen y Ross.

Común a ambos autores es también la tendencia al empleo de un método que reconstruye el lenguaje jurídico ordinario, intentando cuando es necesario una revisión del mismo.[71] En la clasificación usual entre filósofos del lenguaje ordinario, que pretenden representar tan precisamente como sea posible el lenguaje pre-explicativo, y los filósofos formalistas que construyen un lenguaje ideal que reforma el uso ordinario de los conceptos, nuestros autores se encontrarían en el inicio de la segunda corriente pero sin el equipo lógico suficiente, en especial Kelsen. Sin embargo, recientemente Hintikka ha apuntado una tercera alternativa, con aplicaciones muy particulares al lenguaje normativo. Los modelos explicativos, propuestos para ciertos aspectos del funcionamiento del lenguaje ordinario, no constituyen una revisión del mismo, sino su mejor comprensión. Dicha comprensión no se lograría simplemente reproduciendo lo que sucede, sino

[67] Savigny [II], p. 14.
[68] Andren.
[69] *Ibid.*, pp. 146 y ss.
[70] *Ibid.*, pp. 148 y ss.
[71] Véase Kelsen [XX], pp. 120 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

exhibiendo la "lógica profunda" del lenguaje ordinario, Sería, por tanto, una alternativa a los métodos descriptivistas y prescriptivistas.[72]

Estas ideas apuntas direcciones en las cuales los problemas metódicos de la teoría general del derecho pueden ser replanteados.

[72] Hintikka; Stegmüller, pp. 181 y ss.; en español puede verse la aplicación de las ideas de Hintikka a los conceptos deónticos deber y permitir en Rodríguez Tirado. Esta alternativa no es incompatible, en principio, con la señalada por Simpson en su crítica a Ross.

DR © 1980. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM