La *Teoría pura del derecho*: entre la ciencia jurídica y la política jurídica*

Efrén Vázquez**

SUMARIO: 1. OBJETIVOS; 2. EL FORMALISMO JURÍDICO; 3. EL OBJETO MATERIAL Y FORMAL DE ESTUDIO; 4. EL PROCESO DE ABSTRACCIÓN Y SU UTILIDAD; 5. LA ABSTRACCIÓN BÁSICA DE LA CIENCIA JURÍDICA, DESDE LA PERSPECTIVA KELSENIANA; 6. LA PUREZA DEL MÉTODO, O ENTRE LA CIENCIA JURÍDICA Y LA POLÍTICA JURÍDICA; 7. LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY EN KELSEN COMO CATEGORÍA DE LA MEDIACIÓN ENTRE FACTICIDAD Y VALIDEZ; 7.1. GARCÍA MÁYNEZ VERSUS KELSEN; 7.2. J. FRIEDRICH VERSUS KELSEN; 7.3. OBSERVACIONES CRÍTICAS SOBRE ESTAS POSTURAS; 7.4. LA INTERPRETACIÓN.

RESUMEN: La *Teoría pura del derecho*: entre la ciencia jurídica y la política jurídica, es una reflexión sobre la interpretación de la ley en Kelsen, tema que obliga a analizar cuidadosamente y con una actitud crítica las implicaciones y complicaciones entre la ciencia jurídica y la política jurídica en este pensador, considerado como el más grande de los juristas del siglo XX. Se llama la atención sobre el carácter indeterminado del derecho concebido por el fundador de la escuela de Viena, lo que paradójicamente, por lo menos en este punto referente a la interpretación de la ley, lo hace coincidir con las corrientes de la nueva hermenéutica que se debatirán a partir de 1960, con la aparición de Verdad y Método de Hans-Gerg Gadamer. Ahora bien, a partir de la consideración que el mismo Kelsen esgrimió contra sus críticos en defensa de su teoría, a saber: que la suya es una "*Teoría pura del derecho*, no una *Teoría del derecho puro*", la tesis central que se defiende en este ensayo, después de desvanecer algunos de los principales malos entendidos sobre el Kelsen escolarizado y sometido a la sordina de todo tipo de reduccionismos en las facultades y escuelas de derecho, es que la interpretación de la ley en Kelsen constituye el factor de la mediación entre facticidad y validez, y no en la norma fundante básica, como implícita o explícitamente se sugiere por algunos de quienes han analizado sus aportaciones a la ciencia jurídica.

1. *OBJETIVOS.* El presente trabajo es apenas un esbozo sobre las implicaciones de la «política jurídica» en la *Teoría pura del derecho* de Hans Kelsen, algo sobre lo que los textos de sus críticos ni siquiera mencionan. No se desarrolla ningún análisis sobre los soportes políticos que subyacen en la base de la postura epistemológica del fundador de la escuela de Viena. Para el propósito de este ensayo sólo se abordan algunos de sus supuestos y conceptos teóricos fundamentales. Ni tampoco se somete a la crítica los valores o disvalores intelectuales de la tendencia del positivismo jurídico dentro de la cual se inscribe este pensador, algo sobre lo que se ha incursionado en abundancia, sino más bien, tiene como propósito, en primer lugar, despejar ciertas dudas y malentendidos del Kelsen escolarizado y sometido a la sordina de todo tipo de reduccionismos en las facultades y escuelas de derecho, lo que lo hace aparecer como un jurista que se escuda en las formas jurídicas para evadir cualquier contacto con la realidad; y en un segundo término, previo análisis epistemológico sobre la *quaestio facti y* la *quaestio iuris*, se trata de identificar y dar cuenta del lugar donde la *Teoría pura del derecho* encuentra su punto de mediación entre facticidad y validez, para lo cual, de manera obligada, se tendrá que abordar el tema de la «norma fundante básica».

En términos de mayor precisión se sostiene la tesis de que la *Teoría de la interpretación de la ley*, en la *Teoría pura del derecho*, constituye la categoría de la mediación entre «facticidad» y «validez» en el pensamiento jurídico de Hans Kelsen.

Esta es la tesis central que habrá de exponerse y argumentarse sin dilación, sí, pero como se ha dicho, de lo que también aquí se trata es de esclarecer ciertos malentendidos sobre la *Teoría pura del derecho* que producen un inmediato rechazo al llamado

---

* Este ensayo es una versión corregida y ampliada de una parte de mi Tesis de Maestría en Metodología de la Ciencia, titulada *La interpretación de la ley en Kelsen como categoría de la mediación entre facticidad* y validez, defendida en abril de 2000 en la UANL.

** Doctor en Derecho por la UANL, fundador de la asignatura Interpretación y Argumentación Jurídicas en la Facultad de Derecho y Criminología de esa misma universidad, miembro del Instituto de Investigaciones Jurídicas de esa misma institución.

formalismo jurídico kelseniano, por lo tanto, se comenzará por la elucidación de los instrumentos conceptuales mínimos exigibles para poder comprender el sentido y la estructura de cualquier disciplina tenida como científica con base a la idea de ciencia desarrollada a partir del siglo XVII, sin cuyo conocimiento y dominio, desde esta perspectiva, se carecería de los elementos de juicio necesarios para valorar objetiva y racionalmente cualquier ciencia, no sólo la ciencia jurídica planteada desde la perspectiva de Kelsen. Esto no sería necesario si este ensayo hubiera sido pensado sólo para ponerse a consideración de las comunidades de juristas, y no, como también es uno de sus objetivos, a los estudiantes de derecho y a quienes se desempeñan profesionalmente en la abogacía, en la enseñanza del derecho, así como en la función jurisdiccional y la de procuración de justicia.

2. *EL FORMALISMO JURÍDICO.* A Hans Kelsen se le tiene como el más conspicuo representante del formalismo jurídico, pero, ¿qué a de entenderse por el enunciado formalismo jurídico? Es común ver en la mayoría de los libros de texto donde se forman los profesionales del derecho pasar por alto el análisis de la idea de «formalismo jurídico», con relación a la generalidad de las ciencias y como instrumento conceptual. En otros más se menciona sólo el nombre. Sin ponderar siquiera el hecho de que, independientemente de las posturas metodológicas y epistemológicas que se sustenten, toda ciencia, a decir del estatuto de cientificidad de los modernos, requiere para su construcción tanto del «formalismo» como de la «formalización[1]» de su lenguaje —lo deseable en la formalización es que se realice hasta un cierto grado—, se da por sabido el significado de esta corriente del pensamiento jurídico y se procede a estigmatizarla porque, supuestamente, su misión es evadir la realidad, por lo que no vale la pena dedicarle mayor tiempo.

En otros casos, el paroxismo que no pocas veces se libera en el salón de clase ha hecho ver a la *Teoría pura del derecho*, inscrita dentro de la perspectiva del formalismo jurídico, como "una de las formas más radicales de la deshumanización del Derecho[2]". O bien, para otros cuya concepción teórico-jurídica ya pasó a ocupar un lugar en los anaqueles de la historia, no resulta necesario levantar barricadas contra "tan perniciosa doctrina", pues al fin y al cabo todo derecho es burgués y pronto habrá de desaparecer para dar paso a la sociedad comunista (E. B. Pashukanis), por lo que hasta se puede hacer uso de la *Teoría pura* como contraejemplo caricaturesco de la auténtica *Teoría general del derecho* planteada por el marxismo. Como en el diálogo escenificado por Julius Ofner entre un jurista con un legislador:

> Nosotros no sabemos, y eso tampoco nos preocupa —dice el jurista al legislador— qué tipo de leyes deben ustedes decretar. Eso pertenece al arte de la legislación que nos es extraño. Decreten las leyes como mejor les parezca; cuando lo hayan hecho, les explicaremos en latín de qué tipo de leyes se trata[3].

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

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

[3] Ofner, Julius, autor citado por E.B. Pashukanis en *La Teoría general del derecho y el marxismo*, p. 29,.

Como si Kelsen, uno de los artífices del proceso de pacificación y transición de la monarquía austrohúngara a la República de Austria, el creador de la Constitución Política de ese país, el teórico de la democracia, el creador del primer Tribunal Constitucional[4] y juez de ese Tribunal, hubiera intentado alguna vez escapar de la política jurídica.

Tan no es así que en el transcurso de toda su obra dejó innumerables testimonios de la asunción de su compromiso con la política jurídica y la función legislativa. Ahí está el *Valor y esencia de la democracia* (1920, reeditada y reformada en 1929); Problemas del parlamentarismo (1925); el debate sostenido en 1931 con Karl Schmitt sobre quién debe ser el defensor de la constitución, por citar algunas de sus obras. ¿No es esto algo que tiene que ver con la política jurídica sobre el contenido de las normas jurídicas?

Pues bien, para entrar en detalle y aunque resulte ser una verdad de perogrullo, hay que decir que se llama «formalismo» a cualquier doctrina que apela a la «forma» como uno de los fundamentos principales de validez científica, pero, ¿qué significado tiene el término «forma»? Sería prolijo elucidar sobre cada una de las diferentes acepciones que en los distintos contextos filosóficos ha adquirido dicha expresión en la milenaria historia de la filosofía. Baste con referir que a partir de Platón la idea de «forma» aparece como principio que determina la razón y el orden del universo, con lo que en dicho autor este concepto adquiere un carácter ontológico más que gnoseológico. En Aristóteles la idea de «forma» se contrapone pero a la vez se vincula a la idea de «materia», pues para el estagirita todas las cosas están compuestas de materia y forma. Mas éste no es el sentido que aquí debe dársele al concepto «forma», ni tampoco el otorgado por la escolástica ni en el de ninguna otra corriente filosófica prekantiana, sino el que este concepto adquiere en Kant. Y más específicamente el que se le ha otorgado en el siglo XX por lógicos y matemáticos. Es decir, como una relación (o conjunto de relaciones) regidas por reglas de formación y transformación que mantiene su constancia, independientemente de la variación de los términos entre los cuales media.

Esto es en lo que respecta al concepto «forma». Ahora bien, en el siglo XX se ha llamado con mayor insistencia «formalismo» (jurídico, lingüístico, semiótico, etc.) a toda corriente del pensamiento que privilegia la «forma», independientemente de la postura filosófica, metodológica y epistemológica en que se sustente, como criterio fundamental de validez científica. Hay que añadir que éste es el significado de un concepto que nació en el seno de la filosofía y que de ahí, gracias al desarrollo de las matemáticas, se trasladó al de la ciencia para tratar de formalizar las teorías conceptuales, adquiriendo de esta manera un sentido distinto. Pero también es común su uso en un sentido peyorativo, para condenar una supuesta evasión de la realidad. Como es el caso antes referido de los detractores del formalismo jurídico kelseniano.

[4] Kelsen fue designado por el voto unánime de todos los representantes de partidos políticos integrantes de la Asamblea Nacional, como juez del Tribunal Constitucional para el periodo 1921-1930, sin embargo fue removido de su cargo un año antes. La causa principal de su remoción, a decir de Rudulf Aladár Métall, junto con la recomposición de todo el Tribunal —cuya mitad de sus miembros era designada por la Asamblea Nacional y la otra mitad por el Senado— fue su política jurídica que sostuvo como juez y de manera determinante con relación a cuestiones de competencia sobre dispensas del matrimonio católico, indisoluble para la Iglesia pero no para la política del Estado, lo que con el repunte que en ese tiempo tuvo el Partido Social-Cristiano frente al Partido Social-Demócrata, se dieron reformas a la Constitución Federal para hacer cambios al Tribunal Constitucional.

Ahora véase lo siguiente: Si se acepta que el derecho moderno es un sistema de normas jurídicas que regulan algunas de las conductas externas de los seres humanos en sus relaciones sociales, y si además el derecho es visto como un fenómeno observable, de inmediato aparecen por lo menos los siguientes elementos:1) la catalogación y clasificación de esas normas de acuerdo a la materia que regulan; 2) como criterio de validez, unidad y coherencia a un tronco común llamado constitución; 3) un contenido contingente de juicios de valor de muy diversa índole que se expresa a través de esas normas jurídicas —y no sólo por la diferencia de culturas, sino también debido a la materia jurídica que las distintas normas pertenecientes a un mismo sistema jurídico regulan—; 4) una forma normativa.

El contenido de las normas jurídicas, su catalogación y clasificación, o incluso su interdependencia de cualquier sistema jurídico, siempre aparece como algo contingente o variable; pero no así su «forma normativa», la cual permanece invariable, uniforme, no contingente.

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

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

Antes de pasar al siguiente punto, cabe desvanecer un malentendido muy peculiar sobre Kelsen que, a decir verdad, no se sabe hasta qué grado pudiera generar confusión entre los no expertos. Dicha afirmación sostiene que el formalismo jurídico y lógica jurídica es lo mismo:

> Aunque no puede decirse que haya construido en todas sus piezas la teoría de la ciencia jurídica —dice Enrique R. Aftalión, del Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social, refiriéndose a

> Kelsen—, la ha hecho posible al suministrar a los juristas un *instrumento* que les era indispensable para que su saber adquiera plena jerarquía científica: la lógica jurídica[5].

Este tipo de confusiones tal vez se deba al aislamiento en que se mantiene a la ciencia jurídica del desarrollo de las ciencias formales y sociales, así como de los problemas de la epistemología. Kelsen no es lógico, nunca lo fue. Lo que no quiere decir que haya ignorado la lógica, pues como se sabe, él frecuentó el círculo de Viena donde concurrieron algunos de quienes hicieron progresar la lógica y la matemática en el siglo XX, gracias a lo cual fue posible que 20 años después, 1951, un grupo de investigadores dio a conocer sus primeros informes sobre lo que es propiamente la lógica jurídica, o lógica deóntica, o de proposiciones normativas[6]. Pero Kelsen nada tuvo que ver en esto, como nada tiene que ver el formalismo jurídico, como corriente del pensamiento jurídico, con la lógica jurídica, aunque en un determinado momento de la lógica jurídica —previa matematización de aspectos significativos y cualitativos— pueda construir modelos aplicables a los sistemas semántico-jurídicos, con lo que es posible la formalización de algunas de las categorías y conceptos fundamentales de la *Teoría pura del derecho*, algo sobre lo que, al parecer, Kelsen no se vio muy atraído en los últimos años de su vida.

3. *EL OBJETO MATERIAL Y FORMAL DE ESTUDIO*. Sin la definición y la delimitación de un objeto «material» y «formal» de estudio, ninguna ciencia se constituye como tal. El objeto material es el conjunto de hechos, fenómenos, procesos o cosas que es elegido con base en criterios científicos para su estudio. Éste puede ser el mismo de varias disciplinas científicas, pero cada una de ellas aborda ese mismo objeto material compartido desde diferente enfoque o desde un diferente punto de vista, es decir, busca producir conocimientos distintos. Esa manera de ver a un mismo objeto material de estudio de manera distinta o particular constituye, precisamente, el objeto formal de estudio.

O en otros términos, se llama objeto formal de estudio al enfoque diferente y particular que cada ciencia hace sobre un mismo objeto material de estudio. Sí, el objeto material de estudio puede ser compartido por diferentes disciplinas científicas, pero toda vez que el objeto formal se constituye por el enfoque muy particular que cada ciencia hace de un mismo objeto material de estudio, resulta imposible que haya dos ciencias que compartan un mismo objeto formal de estudio.

En el caso del derecho, desde la perspectiva de Kelsen, cuando éste afirma:

> Que el objeto de la ciencia del derecho lo constituyen las normas y también la conducta humana, pero sólo en la medida en que está determinada en las normas jurídicas como condición o efecto; en otras palabras, en cuanto a la conducta humana es contenido de las normas jurídicas[7].

---

[5] Esta tesis, completamente fuera de contexto y de sustento, la sostiene el autor citado en su presentación que hace al libro de Kelsen *La idea del derecho natural y otros ensayos*, p.7.

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

[7] Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, p.83.

Es claro que el objeto al que aquí hace referencia éste, es el objeto formal de estudio, no el objeto material de estudio; el cual viene siendo, en este caso, la conducta humana que como tal es compartido, entre otras disciplinas, por la psicología.

Piénsese, por ejemplo, en las resoluciones judiciales sobre los casos de divorcio en el estado de Nuevo León durante la década 1990-2000. El divorcio es algo que tiene que ver con la conducta humana, y por tanto es de interés del derecho, puesto que ya se dijo que el objeto formal de estudio de esta disciplina es la conducta humana en cuanto ésta sea contenido de las normas jurídicas; pero la conducta humana vista como objeto material del derecho —y a la vez como objeto formal, desde un punto muy específico al que líneas arriba se hace mención—, también lo es de la ética, la sociología, la economía, la psicología, etc. Cada una de estas disciplinas comparte un mismo objeto material de estudio consistente en las resoluciones judiciales sobre los casos de divorcio en un periodo y en un lugar específico. Y cada una de ellas aborda este mismo conjunto de hechos, relacionados con la conducta humana, pero desde diferente enfoque o punto de vista. Es decir, todas comparten un mismo objeto material, pero cada una define y delimita su propio objeto formal de estudio.

4. *EL PROCESO DE ABSTRACCIÓN Y SU UTILIDAD*. Tanto la definición y delimitación del objeto material de estudio, cuanto la construcción del objeto formal requieren de un proceso de abstracción. Abstraer significa aislar mentalmente los datos de los hechos o fenómenos que normalmente en la realidad se encuentran entremezclados o relacionados unos con otros. A primera vista el divorcio es un dato simple que sólo tiene que ver con la ruptura del vínculo matrimonial y, por tanto, con el derecho. Pero no es así. Este dato, igual que cualquier otro, aparece siempre vinculado a otros datos (o elementos de un dato) que pueden ser de interés para la investigación o reflexión en diferentes disciplinas científicas. Por ejemplo, la duración del proceso de divorcio, las etapas del proceso judicial en las cuales se tardan más esos juicios, las edades de los promoventes, las causales de divorcio invocadas, el criterio sustentado por el juez para decretarlo o negarlo, y entre muchas otras cosas con las causas efectivas, psicológicas, económicas, morales o de cualquier otro tipo que originaron la ruptura del vínculo matrimonial.

Pero además, dependiendo del nivel de la abstracción en que cada cual se ubique, a su vez un solo dato puede ser objeto de abstracción. Es decir, se puede tomar uno o varios elementos de ese dato, prescindiendo de todos los demás, para la profundización de su estudio. Por ejemplo, la luz. Jamás se percibe sólo la sensación de luz. Junto con la luz se percibe también su color, intensidad, duración, etc. En este mismo dato, incluso, hay muchas otras cosas que no son perceptibles a través de los sentidos sino por medio de dispositivos técnicos, como por ejemplo la velocidad de la luz y la identificación de la luz ultravioleta.

Se habrá visto que la abstracción no sólo posibilita la diferenciación de una determinada disciplina científica con respecto a las demás, sino que al mismo tiempo, podría decirse que constituye el elemento *sine qua non* para la caracterización de cualquier ciencia. O dicho de otro modo, sin los procesos de abstracción jamás sería posible la construcción de los objetos material y formal de estudio de cualquier ciencia.

Hay que agregar algo más. La abstracción científica no es azarosa ni mucho menos caprichosa, como ocurre con la abstracción producida por los sentidos del hombre común[8]. Todo lo contrario. En la abstracción científica no hay nunca espontaneidad ni nada parecido a los procesos aleatorios —aunque no está excluido el azar en la investigación científica—. En síntesis, la abstracción científica es siempre una abstracción dirigida bajo criterios metodológicos y epistemológicos. La abstracción científica es, por tanto, un proceso complejo.

5. *LA ABSTRACCIÓN BÁSICA DE LA CIENCIA JURÍDICA DESDE LA PERSPECTIVA KELSENIANA*. Para proporcionar coherencia y consistencia a las teorías científicas lo deseable es que se logre un cierto grado de formalización; pero ahora hay que agregar que toda formalización necesariamente es precedida de un alto nivel de abstracción, la cual se realiza con base en criterios de cientificidad —lo que también se dijo—, por lo que si ello se pondera, se podrá concluir que los reproches al formalismo kelseniano, por ser una doctrina que escapa de la realidad, carecen de sustento.

Abstraer significa aislar mentalmente datos o variables que normalmente, se ha dicho, no se encuentran desvinculados sino más bien mezclados o relacionados entre sí. Todo abstracto, por más que aparezca como algo «real» no es sino una reconstrucción racional de lo real, pero para ser tal es una exigencia que éste contenga rasgos generales de lo real. Por más elevado que sea el nivel de abstracción, el abstracto no debe ser considerado como una cosa independiente de lo real, por eso se exige que el resultado de la abstracción sea sometido a la convalidación empírica y formal[9].

En otros términos, debido a que el procedimiento de abstracción invariablemente significa un alejamiento de lo real, pues la única posibilidad que existe para penetrar la realidad es fragmentándola mentalmente a través de una abstracción dirigida. Luego, entonces, el abstracto es algo distinto a lo concreto. Pero paradójicamente sólo a través de ese alejamiento de lo real que se produce por medio de la abstracción y su posterior retorno a lo real, es posible concebir los rasgos más o menos generales de lo real, para lo cual se requiere un proceso de resemantizacion que conlleva a la elaboración de lo concreto, un concreto o real muy distinto al percibido por la mayoría de los sujetos a través de sus cosmovisiones.

Piénsese por ejemplo en el DNA, si desde hace más de 50 años los científicos no hubieran iniciado procesos de abstracción para conocer la estructura del ácido desoxirribonucleico, hoy no sería posible a la criminología realizar pruebas del DNA para determinar la paternidad o para identificar restos de cadáver a través de los conocimientos

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

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

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

De igual forma sucede en la ciencia jurídica: si los operadores del derecho se quedan en el nivel de lo concreto, en cuyos casos lo concreto se pudiera identificar con aquello que posee una utilidad práctica e inmediata[10], sin intentar elaborar abstracciones sobre lo jurídico y la juridicidad, no habrá posibilidad alguna de poder diferenciar siquiera el «derecho» de la «ciencia del derecho», o sobre lo que es «norma jurídica» y su diferencia con respecto a «enunciado jurídico». Ni mucho menos se podrá diferenciar lo que es la interpretación científica del derecho, de lo que es la interpretación del derecho que realizan los órganos jurídicos de aplicación del derecho.

Pues bien, para reafirmar y concluir este punto, si la única manera de penetrar la realidad con el propósito de construir conocimientos es por medio de un proceso (o procesos) de abstracción, sin lo cual no sólo se carecería de claridad científica sino que sería imposible construir una ciencia cualquiera, todas las disciplinas tenidas como científicas tienen que partir de una abstracción básica que constituye su base principal. Y la abstracción básica de la ciencia jurídica planteada desde la perspectiva kelseniana es su «forma normativa».

Esto no significa que Kelsen dé la espalda a las realidades de hecho, de lo que tantas veces se le ha acusado. O que ignore o trate de ignorar que "el *derecho* y el *poder* se conectan claramente como efecto y causa[11]", como bien lo señala Gregorio Peces-Barba. Nada de eso. Sólo que sin la determinación y delimitación del objeto formal de estudio —preocupación no sólo de Kelsen, sino de todos los científicos en sus distintas disciplinas—, lo cual éste enfrenta con criterios de pureza metodológica—, no es posible construir ninguna ciencia. Es ésta y no otra la razón por la que convencionalmente Kelsen asume como abstracción básica de la ciencia jurídica su forma normativa.

6. *LA PUREZA DEL MÉTOD: O ENTRE LA CIENCIA JURÍDICA Y LA POLÍTICA JURÍDICA*. Cuando a través del recurso de la pureza del método se percibe la forma normativa como la abstracción básica de la ciencia jurídica, con ello sólo se busca tratar de la manera cognitiva apropiada la conducta humana que, en términos kelsenianos, por un acto de derecho constituye el contenido de las normas jurídicas, y no desconocer la existencia de los vínculos entre la ciencia jurídica y las disciplinas que explican las variables metajurídicas

[10] No obstante, es de lamentar el desprecio que existe entre los operadores del derecho contra todo aquello que signifique abstracción y pensamiento teórico, ese mismo desprecio se lanza contra quienes en su medio de alguna manera aparecen como "teóricos". El uso de la expresión "una cosa es la teoría y otra la práctica" significa para los operadores del derecho, sobre todo los que se dedican a la abogacía, que la teoría que se enseñó en el aula, así sea de los clásicos, no sirvió para nada, porque la práctica es otra y lo importante es la práctica.

[11] "Sin perjuicio de otras matizaciones que acotan y perfilan esta posición, como tendremos ocasión de ver —dice Gregorio Peces-Barba— el derecho válido fundamenta su validez, es Derecho por su producción directa o indirecta —a través del reconocimiento de las normas producidas por otros o de la delegación a otros para producir normas— por el Poder Soberano. A su vez, el poder soberano del Estado expresa el monopolio del uso legítimo de la fuerza a través del Derecho". Véase a Gregorio Peces-Barba en *Introducción a la filosofía del derecho*, pp. 37 y ss.

que en un momento dado determinan el contenido de las normas jurídicas, culturales, ideológicas, económicas, políticas, etcétera[12].

Para Kelsen es tan importante dar respuesta a los problemas planteados por la *Teoría general del derecho* (su teoría), desde donde formula conocimientos sobre el derecho con pretensión de validez universal, como también dar respuesta a los problemas planteados por la «política jurídica», pues sin una definición clara y precisa de la política jurídica que está detrás de un orden jurídico cualquiera[13] —o un cuerpo legal integrante de un orden jurídico cualquiera—, con todo y la validez formal que posea por haber sido creado por el órgano competente y de acuerdo con los lineamientos constitucionales, ese orden jurídico cualquiera, o ese cuerpo legal integrante de un orden jurídico cualquiera, sería algo más o algo menos que una nave sin velamen; bajo estas circunstancias, sí cabría hablar de un formalismo vacuo y legalista en busca de esconder intereses inconfesables.

Es así como en los dos primeros párrafos de la *Teoría pura del derecho* Kelsen hace una repetida aclaración que no deja lugar a duda sobre las implicaciones políticas contenidas en su *teoría pura:* "Es una doctrina general sobre el derecho —sostiene Kelsen—, y no la interpretación de normas jurídicas particulares, nacionales o internacionales. Ofrece, sin embargo, también una teoría de la interpretación[14]".

Aquí aparece por primera vez su aclaración. A pesar de que su *Teoría pura* es una doctrina del derecho positivo en general, también ofrece, sin embargo «una teoría de la interpretación». Y con mayor énfasis, más adelante, insiste de nuevo sobre esta misma aclaración: "es ciencia jurídica; no, en cambio, política jurídica[15]".

---

[12] Al respecto dice Kelsen:"Cuando yo reconozco el orden jurídico como un sistema de normas y el Estado como orden jurídico (por lo cual sustituyó el orden causalista de la ciencia del Derecho y del Estado por el punto de vista normativo); cuando en lugar de la idea metafísica del Estado pongo su concepto trascendental y recalco los límites entre el contenido posible o real (positivo) del Estado y su contenido «verdadero» o «justo»; cuando suprimo las distinciones —que por representar antítesis absolutas destruyen toda unidad—entre Derecho público y privado, subjetivo y objetivo, entre norma jurídica y sujeto de derecho, entre creación y aplicación de Derecho, etc., para no reconocerlas más que como diferencias de contenido dentro de un sistema cuya unidad es indestructible; en fin, cuando sólo pregunto por la significación objetiva del acto jurídico y no por su sentido subjetivo, sé que me pongo en contradicción con muchos autores de renombre. Y sin embargo, no hago más que desarrollar un germen que por doquiera se hallaba en estado de latencia. Yo creo haber acelerado el ritmo de la inevitable evolución de mi disciplina, poniendo en estrecho contacto la provincia algo lejana de la ciencia jurídica con el fructífero de todo conocimiento: la filosofía, lo cual permite la posibilidad de mostrar la conexión que media entre los problemas de la Teoría del derecho y del Estado y las grandes cuestiones de otras ciencias".

[13] La Constitución Federal de Austria es un buen ejemplo de esa clara y precisa definición de la política jurídica que siempre está detrás de un orden jurídico o un cuerpo legal cualquiera. Rudolf Aladár Métall, discípulo y albacea intelectual de Kelsen, refiere que el presidente del gobierno de coalición austro-alemán, Karl Renner, se encontraba muy ocupado en el proceso de pacificación, razón por la cual solicitó a Kelsen la redacción del proyecto de Constitución, proporcionándole sólo dos principios fundamentales que serían base de la política jurídica que le daría sustento a la Constitución —aún en vigor—, Kelsen la complementaría y le daría forma: "La democracia parlamentaria y una descentralización que, correspondiendo con la división de Austria en regiones autónomas, no constituyera, sin embargo, una limitación muy fuerte al gobierno central". Pero, ¿cuál fue aquí el aporte propio de Kelsen en materia de política jurídica? "La tendencia de Kelsen era codificar, de manera técnicamente inobjetable los principios políticos que se le habían dado, construyendo al mismo tiempo las garantías efectivas de la constitucionalidad para las funciones del Estado. Kelsen consideraba al capítulo sobre las garantías de la Constitución y de la administración como el núcleo jurídico de la Constitución, con las cuales podía al mismo tiempo vincular instituciones de la vieja monarquía como el Tribunal Imperial y el Tribunal Administrativo. Este último pudo ser recogido en la nueva Constitución federal con modificaciones insustanciales. El Tribunal Imperial, en cambio, fue convertido por Kelsen en un verdadero Tribunal Constitucional, el primero de este tipo en materia de Derecho constitucional". Este es su aporte, el de una política jurídica de corte liberal que postula los valores de la libertad y tolerancia. Véase a Rudolf Aladár Métall en Hans Kelsen, *Leben und Werk, Wien franz deuticke, 1969.* Editado por primera vez en castellano en 1976 con el título *Hans Kelsen, vida y obra* (Tr. Javier Esquivel), Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 1976, pp.41-46 y ss.

[14] *Teoría pura del derecho,* p.15.

[15] *Ibídem.*

Pero a pesar de su insistencia en dejar claro desde el principio que su teoría pretende única y exclusivamente "dar respuesta a la pregunta de qué es el derecho, y cómo sea; pero no, en cambio, a la pregunta de cómo el derecho deba ser o deba ser hecho[16]", con esta tan saludable insistencia deja claro que es tan importante la ciencia jurídica como la política jurídica, la cual Kelsen no soslaya en su *Teoría pura del derecho*. En este planteamiento existe, sin lugar a duda, una profunda preocupación de Kelsen no sólo por determinar el objeto formal de estudio de la ciencia jurídica, sino también por ubicar los nexos de la ciencia jurídica con las explicaciones de las ciencias causales y teleológicas: la teoría política, la sociología, psicología y ética, disciplinas cuyo objeto escapa a la orientación del derecho, o al objeto metodológicamente determinado como jurídico.

En la epistemología kelseniana, como en la de todos los neokantianos seguidores de la escuela de Marburgo, Windelband y Rickert, se establecen dos opuestos básicos sobre los cuales se construye el *corpus* de categorías y conceptos de la *Teoría pura del derecho*: una barrera infranqueable entre el reino del «ser» y el del «deber ser» —o naturaleza y sociedad[17]— y la postulación de una ciencia libre de valores. Es decir, la substracción de la ciencia de todo juicio de valor. Respecto al primer supuesto, la escisión naturaleza-sociedad y la ciencia social-ciencia natural, lleva a Kelsen a transgredir el pluralismo metodológico de orientación causal y teleológica en la descripción de la ciencia jurídica. De ahí que el «principio ordenador» de las ciencias normativas tenga que ser distinto al de las ciencias naturales y sociales, el principio de causalidad se sustituye por el principio de imputación-atribución. Pero, ¿qué con el segundo supuesto?, ¿hacia dónde conduce el supuesto de una ciencia libre de valores?, ¿es verdad que "la doctrina de la 'neutralidad ideológica'—crítica dirigida a Weber, pero de la cual es buen blanco Kelsen— o 'valorativa' en las ciencias sociales, cualesquiera que sean las intenciones de quienes la defienden, es una forma de ideología burguesa y, como tal, tiende a justificar la irresponsabilidad moral, política y moral del científico[18]"?

Véase con detalle esta cuestión: cuando Kelsen establece la diferencia entre ciencia y política, es cierto que deja claro que los fines propios de la ciencia positiva —la explicación y descripción de la realidad— no deben ser influidos por la política, cuyo propósito esencial es proyectar y tratar de materializar los objetivos consensuados en un orden social determinado, todo lo cual está en función directa con una voluntad de los sujetos que con base a valores interactúan y establecen relaciones de distinta índole, y para realizar esos valores recurren a la actividad política, pero de ninguna manera la distinción que éste hace entre «juicios de valor» y «juicios de hecho» lo conduce a no ver las implicaciones y complicaciones entre la *quaestio facti* y la *quaestio iuris*[19], pues al establecerse la relación silogística en la *quaestio iuris* (premisa mayor) *y la quaestio facti* (premisa menor) para fundar una decisión judicial, y toda vez que el lenguaje jurídico no es un lenguaje cerrado como el de la lógica y el de la matemática, sino un lenguaje abierto que

[16] *Ibídem.*

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

[18] Véase Adolfo Sánchez Vázquez, en *Ensayos marxistas sobre la filosofía e ideología*, pp.139-164.

[19] Véase Hans Kelsen, *Ciencia y política*, en *¿Qué es la justicia?*, pp. 254-283.

es cerrado por las decisiones judiciales y administrativas, indudablemente que en este proceso realizado por los operadores del derecho facultados para ello confluyen juicios de valor que aparecen como si fueran juicios de hecho. Y los juicios de valor, como se verá más adelante, son el factor determinante para la elección de una entre las varias interpretaciones posibles del derecho para fundar una decisión judicial cualquiera. Por lo tanto, aunque se quisiera, no es posible expulsar de la ciencia jurídica a la política jurídica, pues, en Kelsen, sin la política jurídica no hay posibilidad alguna de interpretación de la ley. De ahí que, para hacer uso del mismo aforisma a que los operadores del derecho recurren para mostrar lo que ellos perciben como una irreconciliable escisión entre derecho y política —pero en este ensayo comprendida en sentido contrario—, si a la política jurídica se le echa por la puerta, de inmediato, y sin poder evitarlo, ésta regresará por la ventana.

En otros términos, la ciencia jurídica para Kelsen se ocupa única y exclusivamente de describir su objeto, de decir cómo es el derecho y no, con base en una tabla de valores impuesta o consensuada, prescribir cómo «debe de ser» el derecho, porque el cómo «debe ser» el derecho o cómo «debe ser hecho» el derecho, es algo que concierne al arte del comportamiento —desde la perspectiva kelseniana. Por lo que se trataría, en este caso, de una actividad orientada a los valores y por tanto, es un problema de la política. No de la ciencia jurídica. En cuanto a valores, el único que no se excluye de la actividad científica es el valor de la «verdad»:

> Sin embargo, es cierto que la verdad no es un valor en el mismo sentido en que lo son los valores que sustentan la actividad política, como la libertad individual o la seguridad económica. Juzgar que algo es verdadero o falso difiere esencialmente de juzgar que es bueno o malo, fórmula ésta que caracteriza a los juicios de valor[20].

Luego, entonces, en la perspectiva teórica de Kelsen, el propósito de la búsqueda de la conformidad de los enunciados científicos con la realidad obliga al investigador a controlar sus juicios de valor en la medida de lo posible, pues la realidad no es como se quisiera que sea, sino como es. Por eso en la actividad científica, con todo y que en la elección del objeto a investigar sea influido por juicios de valor, ya elegido éste en el proceso mismo de la investigación es válido, desde esta perspectiva teórica asumida por Kelsen, apelar a la neutralidad ideológica y hacer esfuerzos para lograrla, sin que ello signifique, como lo sostiene Adolfo Sánchez Vázquez, que detrás de esta actitud se encuentra la intención de justificar una irresponsabilidad moral, política y social del científico.

Ahora bien, ya constituida la ciencia como tal, al hacer uso de ella para leer la realidad y aplicar sus conocimientos a una u otra cosa, es algo que tiene que ver con la subjetividad, con los juicios de valor y, por tanto, con la política. Kelsen jamás vio en la neutralidad ideológica una forma de evadir su responsabilidad moral y política como científico —para refutar una vez más a Sánchez Vázquez. Prueba de ello es que en su *Teoría pura del derecho*, concebida como ciencia normativa, a la vez que proporciona un andamiaje teórico para formular enunciados deónticos que describen el derecho, éste no soslaya la política jurídica desde un principio —hay que decirlo una vez más— insiste en que a pesar de que su *Teoría pura* es una doctrina general sobre el derecho y no la

[20] *Ciencia y política*, p. 255.

interpretación de normas jurídicas particulares, nacionales o internacionales, no obstante, ella ofrece también una teoría de la interpretación la cual, como tal, cae dentro de la política jurídica.

Antes de proseguir habrá que detenerse un poco más en la *quaestio facti* y la *quaestio iuris,* en cuyas nociones descansa, no sin sinuosas implicaciones y complicaciones, la diferencia entre ciencia jurídica y política jurídica. A la ciencia jurídica sólo le corresponde:

> Describir las normas jurídicas producidas por actos de la conducta humana, así como las normas que mediante esos actos son aplicadas y obedecidas, y al hacerlo describen las relaciones constituidas mediante esas normas jurídicas entre los hechos por ellas determinados[21].

Este proceso de descripción ha sido interpretado, y al parecer el mismo Kelsen así lo sugiere, como una actividad meramente cognitiva[22], puesto que al establecerse la distinción entre las oraciones «declarativas» de los enunciados jurídicos (que expresan la *quaestio facti*) y las oraciones «constitutivas» de las normas jurídicas producidas por los órganos de derecho (que expresan la *quaestio iuris*), queda claro que las primeras hacen referencia al «ser así» del esquema de explicitación conceptual de la naturaleza determinado como jurídico por un acto de derecho[23], por lo que como tal, en el plano epistemológico su estructura considerada como inmanente requiere de procedimientos de reconocimiento descriptivos, en tanto que en el mismo plano epistemológico, las segundas expresan un hacer soberano o una mera decisión —no descripción discrecional o arbitraria de los sujetos que, por un acto de derecho, están facultados para producir y/o aplicar el derecho. No obstante, es pertinente hacer la aclaración de que en la epistemología kelseniana, toda vez que el objeto de conocimiento se construye por el sujeto que conoce —a partir de criterios de cientificidad, desde luego— la actividad cognitiva también posee un carácter constitutivo.

Dicho lo anterior con otras palabras, en la concepción de ciencia que asume Kelsen los enunciados «declarativos» describen hechos que son empíricamente contrastables y éstos no intervienen sobre la realidad con el propósito de modificarla, sino de describirla, explicarla, hablar de ella como es, no sólo como se quisiera que sea, por eso se dice que los enunciados declarativos son enunciados que expresan la *quaestio facti*, en tanto que los enunciados constitutivos se refieren a aquello que es producto de una decisión tomada (no sólo) en el proceso de una decisión judicial —lo que para Kelsen se funda en un acto de voluntad, no en el resultado de un proceso cognitivo previo—, sino también del resultado de un proceso de decisión por convención de un proceso de actividad cognitiva.

Lo anterior significa que en la teoría kelseniana los enunciados constitutivos y declarativos se conjugan para construir y reconstruir lógicamente la ciencia jurídica; pero no para la constitución de una política jurídica determinada o para formular decisiones

[21] *Teoría pura del derecho*, p. 84

[22] Sobre las dudas epistemológicas acerca de la relación de la *quaestio facti* y la *quaestio iuris*, véase a Tecla Mazzarese, en *Nóesis*, pp.173-196.

[23] Para Kelsen la norma jurídica es un esquema de explicitación conceptual de la realidad, lo que hace que un acontecimiento externo adquiera un significado jurídico "no reside en su facticidad […], sino en el sentido objetivo —desde luego, determinado por el derecho— ligado al mismo", *Teoría pura*, pp.17 y ss.

judiciales, pues estas actividades no poseen un carácter declarativo, sino constitutivo porque la determinación de un acto jurídico por cumplirse no efectuada en una norma jurídica —y ninguna norma jurídica de jerarquía superior posee una determinación absoluta sobre la inferior a aplicar—se obtiene mediante un mero acto cognitivo, sino por un acto de voluntad. Pero en cambio, en la actividad del proceso cognitivo que conlleva a la construcción o reconstrucción lógica de la ciencia jurídica, toda vez que ésta como conocimiento del derecho produce su propio objeto, la descripción (o la *quaestio facti*) o proceso de descripción aparece como un proceso previo a la construcción que conlleva al resultado del conocimiento, pues al menos desde la matriz kantiana, de la cual Kelsen es deudor intelectual, todo conocimiento posee un carácter constitutivo.

No se puede desconocer, entonces, con todo y las dudas espistémicas sobre las múltiples y sinuosas relaciones y complicaciones de la *quaestio facti* y la *quaestio iuris*, a la que hace referencia Tecla Mazzarese, las cuales tienen que ver con el ámbito de la descripción de las normas jurídicas y con el de las decisiones judiciales —sobre lo que no es materia propia de este ensayo, y sólo se aborda de manera tangencial—, que Kelsen es claro y a la vez contundente al afirmar que "las normas jurídicas no constituyen proposiciones, esto es, enunciados declarativos sobre un objeto dado al conocimiento[24]". Y como tales y de acuerdo al sentido que expresan son mandamientos que buscan ser obedecidos, «órdenes», «imperativos», pero además de esto son permisiones y autorizaciones, mas en ningún caso las normas son información instructiva o indicativa. "El derecho ordena, permite, faculta; no informa[25]". Los enunciados jurídicos, en cambio:

> Son proposiciones condicionales que expresan que, conforme a un orden jurídico, nacional o internacional, dado al conocimiento jurídico, deben producirse ciertas consecuencias determinadas por ese orden, bajo determinadas condiciones que el orden jurídico determina[26].

Otro tanto se puede decir, para cerrar este apartado, de la diferencia de las funciones propias de la ciencia jurídica y las de la política jurídica, en la *Teoría pura del derecho*, lo cual Kelsen establece a partir de la diferenciación de la *quaestio facti* y la *quaestio iuris:*

> En la diferencia entre enunciado jurídico (*quaestio facti*) *y* la norma jurídica (*quaestio iuris*) se expresa la distinción entre la función del conocimiento jurídico, y la función, enteramente distinta, que cumple la autoridad jurídica representada de la comunidad jurídica. La ciencia del derecho tiene que conocer el derecho, por decir así, desde fuera, y fundándose en ese conocimiento, describirlo. Los órganos jurídicos tienen, como autoridad jurídica, ante todo que producir el derecho para que pueda luego ser conocido y descrito por la ciencia jurídica[27].

Por supuesto, los órganos de producción y aplicación del derecho, para realizar su función deben conocer el derecho —refiere Kelsen más adelante—; pero puesto que la autoridad política que produce y aplica el derecho cumple una función esencialmente política, no de conocimiento del derecho, ese conocimiento no es lo esencial de su función.

7. *LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY EN KELSEN COMO CATEGORÍA DE LA MEDIACIÓN ENTRE FACTICIDAD Y VALIDEZ*. La pregunta de cómo en la *Teoría pura del derecho* se da la

[24] *Ibídem.*
[25] *Ibídem.*
[26] *Ibídem.*
[27] *Teoría pura*. p. 85

mediación entre facticidad y validez carece de sentido para las posturas causales y teleológicas del conocimiento jurídico, pues como se ha dicho, el principal reproche que se hace al jurista vienés desde el *iusnaturalismo*, sociologismo jurídico y el marxismo, es que su doctrina evade todo contacto con la realidad y el problema de la validez. Así, por ejemplo, dice E. B. Pashukanis, refiriéndose a Kelsen:

> Los neokantianos siempre pueden asegurarnos que según ellos la *idea del derecho* no procede de la experiencia genéticamente, es decir, cronológicamente, sin embargo, debemos advertir que la supuesta filosofía crítica nos remite en este punto, como en muchos otros, a la escolástica medieval[28].

Y más adelante, aludiendo a la *Teoría pura añade*:

> Tal teoría general del derecho que no explica nada, que *a priori* vuelve la espalda a las realidades de hecho, es decir, a la vida social, y que se dedica a las normas sin ocuparse de su origen (¡Lo cual es una cuestión metajurídica!), o de sus relaciones con cualesquiera intereses materiales, no puede pretender el título de teoría sino únicamente en el sentido en el que se suele hablar por ejemplo de una teoría del juego de ajedrez[29] .

Obsérvese que esta postura coincide con el sociologismo de E. Ehrlish, para quien el auténtico derecho es el que se vive en la calle y la auténtica ciencia jurídica debe ocuparse de los hechos, de interpretarlos, no darles la espalda.

Lo que está detrás de estos reproches, semejantes a los del *iusnaturalismo* que más adelante se expondrán, es: 1) la manera como en el constructivismo normativista kelseniano resuelve el problema de la validez y; 2) la forma como en la Teoría pura del derecho se establece la mediación de la validez con la facticidad. Lo primero sustituyendo los juicios de valor en que se fundan las posturas causalistas y teleológicas por la «norma fundante básica» (*grundnorm*); y lo segundo, a través de su *Teoría sobre la interpretación de la ley*, en la que dicho sea de paso, a partir de la asunción del carácter indeterminado del derecho, sostiene que es imposible que en la interpretación de un enunciado normativo se pueda llegar a una solo interpretación correcta, punto en el que se encuentra coincidencia con la posición de la nueva hermenéutica de Hans-Gerg Gadamer.

El problema de la validez no se refiere sólo a la validez jurídica —en donde para tratarlo, de una o de otra manera, se tiene que recurrir al propio Kelsen y a su discípulo Adolph Merkl—, sino también al problema de la validez metajurídica, el cual para el profesor austriaco no es un problema de la ciencia jurídica, sino de la política jurídica. Tal como lo expone en su *Teoría sobre la interpretación de la ley.*

Ahora bien, antes de desarrollar el esbozo sobre la hipótesis central de este ensayo, se abordarán los principales puntos del debate acerca de la *grundnorm* entre Kelsen y sus críticos, lo que obviamente tiene que ver con el problema de la validez y de la relación entre validez y facticidad. En la raíz de este problema no hay diferencias de fondo entre

[28] E.B. Pashukanis, p. 25
[29] *Ob. cit.* p.29

quienes sostienen posturas justificacionistas[30], racionalistas (*iusnaturalistas*) y empiristas (sociologistas) clásicos.

Todas estas posturas coinciden en que la *Teoría pura del derecho* resuelve sólo el problema de la validez jurídica (o jurídico-técnica); pero no el problema de la validez metajurídica.

> Es innegable —dice Gustav Radbruch— que la validez del derecho no puede basarse ni en las normas del derecho positivo ni en hechos como los del poder o el reconocimiento, sino solamente en un deber superior o supremo, en un valor suprapositivo[31].

La diferencia entre los *iusnaturalistas* y sociologistas, respecto a dicho valor suprapositivo sin el cual el derecho es algo vacuo, es sólo en cuanto a la naturaleza específica de ese valor suprapositivo. Pues a final de cuentas ambas coinciden que sin ese valor suprapositivo no es posible que se produzca mediación alguna entre validez y facticidad. De ahí que sea suficiente —para el propósito de analizar los puntos centrales del referido debate— con analizar las posturas de dos autores: la del jurista mexicano Eduardo García Máynez y la del jurista alemán Carl Joachim Friedrich.

7.1. *GARCÍA MÁYNEZ VERSUS KELSEN*. No sin dejar de reconocer la importancia de la *Teoría pura del derecho*, con la cual se puede o no coincidir, pero no dejarla pasar por alto, pues ella obliga a asumir una postura ya sea para desarrollarla o refutarla[32] , Eduardo García Máynez reprocha a Kelsen la supresión del problema de la validez del derecho de su *Teoría pura*, lo que para él constituye el problema fundamental de la filosofía del derecho —y lo que incuestionablemente es cierto y Kelsen nunca niega—, y al pretender resolver el problema de la validez en los términos que lo hace Kelsen, "...gracias a la suposición de una norma hipotética es, en último término, realizar la apoteosis del derecho vigente, y equivale a colocar una aureola sobre la cabeza del legislador[33]", sostiene este autor.

En términos gnoseológicos, García Máynez sostiene y defiende la tesis muy neoplatónica de la unidad del ser, por lo que, como es comprensible, atrincherado en la metafísica jurídica rechaza el dualismo neokantiano de «ser» y «deber ser» asumido por Kelsen, lo cual es mostrado por sus críticos como irreconciliable en todos sus momentos. A partir de esta postura, y a partir también de la teoría jerárquica de las normas de Merkl, discípulo de Kelsen, García Máynez sostiene que no obstante el doble papel de los preceptos normativos en su relación de supra-ordinación —es decir, como normas y actos de aplicación—, no todas las normas ni todos los actos muestran una doble duplicidad, pues hay un límite tanto de arriba como de abajo. El límite de arriba es la norma fundamental y los límites de abajo son las normas jurídicas individualizadas, denominadas por este autor como «actos finales de ejecución», los cuales, por caer con su realización dentro del reino del *deber ser*, ya no son susceptibles de producir consecuencias de derecho.

---

[30] En filosofía de la ciencia, el término justificacionismo hacer referencia a las posturas que sostienen, que por conocimiento científico debe entenderse conocimiento demostrado, ya sea por la evidencia de la razón o de la experiencia.
[31] Radbruch, Gustav, *Introducción a la filosofía del derecho*, p.51.
[32] García Máynez, Eduardo, *Ensayos jurídicos y/o filosóficos*, 1934-1979, p.227.
[33] *Ob. cit.* p.18 en ensayo *El problema de la validez del derecho.*

Enseguida, para cuestionar la manera como Kelsen resuelve el problema de la validez a través de la *grundnorm*, García Máynez asienta la siguiente consabida tesis: "La norma Suprema no es un acto, pues, como su nombre lo indica, es un principio límite, es decir, norma sobre la que no existe ningún precepto de superior categoría"[34].

Pero, ¿cuál es el fundamento de validez —metajurídica, desde luego— de la norma límite y del orden jurídico total?, se pregunta García Máynez. A lo que previa crítica al *factum* de la positividad de la *grundnorm* kelseniana, por pretender proporcionar validez al orden jurídico y su norma límite, responde sin duda alguna que:

> La aplicación normativa constituye un puente tendido entre dos mundos: el axiológico del deber ser y el de las realidades —es decir, el del ser. Todo deber, al ser cumplido, penetra en la esfera del ser. En el acto de aplicación consúmase dicho tránsito[35].

Habrá de observarse el por qué del rechazo de Kelsen a la legitimación que obtiene el derecho a través de la metafísica jurídica, pues a través del *iusnaturalismo* —según se aprecia en la anterior cita de García Máynez—, sin dejar de considerar que en su milenaria existencia ha constituido un campo fértil para la reflexión e identificación de problemas de la filosofía del derecho, además de que, en momentos cruciales ha servido como arma de lucha contra las arbitrariedades del derecho positivo, existe el latente riesgo de su uso para fines de la legitimación de regímenes autoritarios de cualquier tipo, pues bastaría con que los órganos de derecho «apliquen» el derecho producido a nombre del Derecho natural, donde es fácil que se agazapen posturas ideológicas de todo tipo, para que por ese solo hecho se produzca una «legítima» mediación entre facticidad y validez, es decir, entre el derecho (*deber ser*) que tan sólo por ser aplicado —como lo plantea García Máynez entra al reino del (*deber ser*)—, con lo que también se corre el riesgo de que se cancele toda posibilidad de crítica.

7.2. *C. J. FRIEDRICH VERSUS KELSEN*. De la misma forma aborda a este mismo tema Carl Joachim Friedrich:

> Si se pregunta en qué se basa la validez de estas normas de la ley positiva —cuestiona Friedrich, refiriéndose al derecho positivo en general, objeto de la *Teoría pura*— Kelsen y su escuela responden que se fundan en la norma básica (*grundnorm*). Esta norma básica es una norma que establece que se debe obedecer al parlamento, al monarca, etc. Queda por saber por qué debe ser así. Esta pregunta decisiva queda incontestada, de lo cual resulta que el Estado o los que elaboraron la *grundnorm* se convierten en un absoluto axiomático[36].

Al igual que García Máynez, Friedrich alude a la norma fundante básica como un "supuesto meramente hipotético[37]", la cual por su propia naturaleza, y debido a que de la *grundnorm* se expulsa el Derecho natural, ésta no proporciona validez a las normas jurídicas positivas[38].

---

[34] *Ob. cit.* p.15
[35] *Ibídem.*
[36] Friedrich, Carl Joachim, p.250.
[37] *Ibídem.*
[38] En su exposición Friedrich critica a Kelsen el hacer uso de la norma fundante básica para rechazar el *Derecho natural* con el argumento de que éste quebranta la unidad del sistema jurídico, "cabría preguntar —dice Friedrich— si el derecho natural no pudiese ser absorbido en esta unidad. ¿Hay algo que nos impida tratar las normas que contiene junto con las normas de orden legal positivo, como si formaran un todo?", cuestiona éste. *Ob. cit.* p. 249.

Y al referirse a la *grundnorm* como núcleo del pensamiento kelseniano, según el cual "todas las normas cuya validez pueda remitirse a una y misma norma fundante básica, constituyen un sistema de normas, un orden normativo[39]", Friedrich opone la siguiente argumentación, la misma que soslayando la política jurídica inmersa en la *Teoría pura del derecho* se ha hecho por *iusnaturalistas* y sociologistas de todas las tendencias:

> No obstante esta cuestión acerca de la validez de las normas, no debe entenderse ni psicológica, ni sociológica, ni políticamente, sino en sentido estrictamente normativo. Ante semejante enunciado, el problema de la validez no se resuelve, sino que se vuelve tautológico. Podemos apreciar aquí el peligro de dividir el mundo en dos mitades, la del es y la del debe. En realidad se da por sentado que la norma básica es válida. Dentro del campo del orden constitucional las consecuencias son muy singulares. 'Si nos preguntamos por qué es válida la constitución, tal vez nos encontramos frente a una constitución más antigua'. Finalmente, llegaremos a una constitución que históricamente sea la primera, y que haya sido dictada por algún usurpador con alguna especie de asamblea. Aún la voluntad de semejante usurpador servirá de fundamento a una norma básica que en este caso dirá Debes obedecer. Así Kelsen llega a la conclusión de que ´la validez´ de esta primera constitución es la última de las suposiciones, el postulado final del cual depende la validez de todas las normas de nuestro orden legal [40].

Cualquiera que acuda a la fuente directa podrá observar que el último entrecomillado de Friedrich, en referencia textual a la *Teoría pura del derecho*, corresponde al típico acto de deshonestidad intelectual que obliga a decir a un autor lo que se quiere que diga, pues, a decir verdad, Kelsen nunca abandona su idea de que la norma fundante básica es una norma presupuesta en un pensamiento jurídico, la cual no es impuesta, sino presupuesta, y para comprender tal concepto y los alcances que inquietan a Friedrich, habría que ver el planteamiento que Kelsen hace entre «legitimidad» y «efectividad», apartado F del capítulo V sobre la dinámica jurídica. La cuestionada cita de Friedrich sólo hace referencia al apartado C de dicho capítulo, pp. 207 y 208 de la traducción del alemán al castellano de la segunda edición hecha por Roberto J. Vernengo, la cual en este ensayo se ha estado citando.

7.3. *OBSERVACIONES CRÍTICAS SOBRE ESTAS POSTURAS*. A decir verdad, este debate ya está precluido, el mismo Kelsen tuvo la oportunidad de rebatir a sus críticos todos estos tópicos, y si aquí se abordan de nuevo es porque no obstante que el debate postkelseniano se encuentra en otro nivel; en las escuelas y facultades de derecho todo esto es silenciado y en los salones de clase se siguen reproduciendo los mismos argumentos hechos, los mismos lugares comunes de hace 50 ó 60 años. Uno de los principales yerros en que caen los críticos de la *Teoría pura*, la cual se puede sintetizar en la postura de los dos autores que en este trabajo se analizan, es que inintencional o intencionalmente confunden la norma fundante básica con la constitución del Estado.

Es cierto que Kelsen establece que el fundamento de validez de una norma no se puede establecer mediante la verificación de un hecho empírico: "De que algo *sea* —sostiene—, no puede seguirse que algo *deba;* así como, de que algo sea *debido*, no puede seguirse que *algo sea*[41]". De ahí que "el fundamento de validez de una norma sólo pueda

[39] *Teoría pura*, p.202 y ss.
[40] Friedrich, carl, p. 251
[41] *Teoría pura*, p.201.

encontrarse en la validez de otra norma[42]", la que a su vez se fundamenta en otra norma de superior jerarquía, y así hasta llegar a lo que para Kelsen es la *grundnorm*, a la que García Máynez se refiere con el nombre de "norma límite superior[43]", es decir, la constitución del Estado.

Pero, *craso* error, la *grundnorm* no es para Kelsen la constitución del Estado, como erróneamente lo perciben Friedrich y la mayoría de los críticos de Kelsen, o como lo quiere comprender Eduardo García Máynez y sin querer ver siquiera, como la mayoría de los críticos de Kelsen, que en la *Teoría pura del derecho* no sólo se plantea una ciencia jurídica, sino también y al mismo tiempo una política jurídica que aborda los problemas sobre la interpretación de las normas jurídicas particulares, o cómo el derecho debe ser hecho.

Dicho en otros términos, Kelsen jamás vio en la constitución del Estado el último fundamento de validez del orden jurídico, sino en la «norma fundante básica», y ésta, como él mismo lo refiere en respuesta a sus críticos, "no se encuentra «contenida» en un orden jurídico positivo, puesto que no es una norma positiva, es decir, impuesta, sino una norma presupuesta en un pensamiento jurídico[44]", por lo que al decirse, como lo hace García Máynez, que "Kelsen llama a esta primera constitución *norma fundamental originaria*[45]", refiriéndose a la primera constitución de una serie de constituciones sucesivas de un determinado Estado, o decir que "Kelsen llega a la conclusión de que la validez de esa primera constitución es la última de las suposiciones, el postulado final del cual depende la validez de todas las normas de nuestro orden legal[46]", como erróneamente lo percibe y lo dice Friedrich, sólo conlleva a que con el establecimiento de una pifia como base de lo que pretende ser crítica, necesariamente tenga que producir como resultado no dar en el blanco.

Luego, entonces, ni en el primado del derecho interno, en donde se podría encontrar la primera de una serie de sucesivas constituciones —aunque haya sido de algún dictador—, ni en el primado del derecho internacional —en donde la revolución victoriosa es considerada por los gobiernos de la comunidad de naciones como un procedimiento especial para reconocer la legitimidad de un gobierno—, se debe buscar la norma fundante básica, pues ésta no es una norma «impuesta», es una norma «presupuesta» en el "pensamiento jurídico", para enfatizar la réplica que Kelsen hace a sus críticos y desvanecer los malos entendidos.

¿Y en cuanto a la frivolidad atribuida a Kelsen por Friedrich, respecto a que su norma fundante básica "es una norma que establece que se debe obedecer al parlamento, al monarca, etc.", sin que se responda a la pregunta de "por qué debe ser así?" No hay tal cosa. Kelsen jamás deja de contestar a la pregunta ¿por qué se debe obedecer el derecho? A la pregunta formulada por Rousseau:

---

[42] *Ibídem.*
[43] García Máynez, *Ob. cit*. p.15
[44] *Teoría pura*, p.206, *infra*, cita 118, en réplica que hace a Manger, uno de sus críticos.
[45] García Máynez, p.17.
[46] Friedrich, p. 251

> Cómo encontrar una forma de sociedad que defienda y proteja, con toda la fuerza de la comunidad la persona y la propiedad de cada uno de los miembros y mediante la cual cada uno, uniéndose a todos, sin embargo, solamente se obedezca a sí mismo y siga siendo libre[47].

Kelsen encuentra en la *Teoría de la democracia*, la respuesta:

> Un súbdito es políticamente libre —dice— en la medida en que su voluntad individual se encuentra en armonía con la 'colectiva' ('o general') expresada en el orden social. Esa armonía entre la voluntad 'colectiva' solamente queda garantizada cuando el orden social es creado por los individuos sujetos al propio orden. El orden social significa la determinación de la voluntad del individuo. La libertad política, bajo un orden social, es autodeterminación del individuo por participación en la creación del orden social. La libertad implícita en lo que llamamos libertad política es, en el fondo, autonomía[48].

¿Esto quiere decir que la norma fundante básica, como "norma *presupuesta* en el pensamiento jurídico" se deriva del consenso que crea el orden social, en el cual participan los ciudadanos con base en su facultad de autodeterminación? Tal cosa no la afirma Kelsen. Por el contrario, él insiste en que la norma fundante básica, con la cual cierra su sistema desde arriba, se constituye por un presupuesto lógico trascendental; sin embargo, recuérdese que en la distinción que hace Kelsen entre validez y efectividad, no obstante señalar que aquélla no se funda en ésta, al mismo tiempo establece que "un mínimo de la llamada efectividad es condición de su *validez*[49]". Esta afirmación que para los críticos del formalismo jurídico kelseniano es una incongruencia, no lo es para el punto de vista que se sostiene en este ensayo, pues como para reforzar lo antes expuesto, el formalismo jurídico no es el peldaño que conduce a entronizar la entelequia, sino un medio al que se recurre para constituir la ciencia como tal, con el propósito de que ésta dé cuenta de su objeto de estudio. Por tanto, con base en lo anterior, se puede concluir que detrás de la norma fundante básica, que como «norma presupuesta en el pensamiento jurídico» no se encuentra contenida en el orden positivo; en última instancia, se encuentra el consenso en el que participan los ciudadanos para establecer el orden jurídico al cual se someten con base en su autodeterminación.

Pero aquí surgen otras interrogantes: ¿hablar de dignidad política del ciudadano, es decir, de capacidad de autodeterminación, con base en lo cual éste participa en la creación del orden social y a él se somete, no es hablar de valores? Por supuesto que sí. ¿Esto significa, entonces, que el fundamento de validez del orden jurídico en Kelsen se resuelve de una manera metajurídica? Entonces, ¿tiene razón Eduardo García Máynez cuando afirma que en el fondo de la doctrina kelseniana no se excluyen los juicios de valor, ya que "tras la afirmación teórica hipotética de la norma suprema, existe una voluntad valorizada, a saber, el deseo y la necesidad de un orden positivo[50]"? Todo esto es cierto. Pero se trata de un aserto parcial, primero porque al referirse a los hechos productores de normas, o al proceso de creación del orden jurídico, no se está hablando de ciencia jurídica sino de política jurídica —lo que Kelsen nunca renunció a hacer—, y segundo porque como el mismo Kelsen lo refiere, el único valor que no se excluye de la actividad científica es el valor de la «verdad», el cual no es un valor en el mismo sentido en que lo son los valores que sustenta

[47] Rousseau, Jean Jacques, p.41.
[48] Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y el Estado*, p. 338.
[49] *Teoría pura*. p. 24
[50] *Ibídem.*

la actividad política, que juzgan sobre el bien y el mal. Pero en lo que respecta a valores de cualquier índole inmersos en la actividad propia de la producción de derecho, ya sea por los órganos de creación o de aplicación de derecho, es algo que no corresponde a la esfera de la ciencia jurídica sino a la esfera de la política jurídica.

No cabe duda de que García Máynez entiende mejor el problema que Friedrich, pues al reducir al absurdo la supuesta argumentación kelseniana de que la validez de la constitución vigente se encuentra en el primado del orden jurídico nacional —la primera constitución de una serie de constituciones del Estado, a lo que él dice que Kelsen llama «norma fundamental originaria»[51]—, o bien, en el primado del *Derecho internacional*, señala con énfasis que la dificultad subsiste, "pues en ambas hipótesis se trata de normas originarias que es imposible justificar de modo jurídico[52]". A lo que agrega aún con mayor fuerza: "no queda otro remedio que suponer su validez. Pero ello equivale a renunciar a la solución del problema[53]". Como se acaba de exponer en el párrafo anterior, y contrario a lo que sostiene García Máynez, Kelsen no renuncia a la solución de este problema, sólo que la solución metajurídica que él ofrece para ello no es a partir de la metafísica jurídica —en cualquiera de las vertientes del *iusnaturalismo*, sino a partir de la política jurídica.

García Máynez interpreta correctamente la idea de Kelsen respecto a la norma fundante básica, pero apostado para combatirla en el tradicional «justificacionismo», persuasiva-mente recurre a la precitada argumentación, la cual remata con un lugar común: "Kelsen nos dice que la norma fundamental es una hipótesis", y previa dilucidación de lo que es una hipótesis científica, intempestivamente da un salto de su consabido justificacionismo racionalista al justificacionismo empirista, para exigir que se pruebe esa hipótesis. Insiste una vez más: "el jefe de la Escuela vienesa emplea el término de su aceptación vulgar [*sic*] (como suposición o, mejor dicho, como postulado de su construcción normativa)[54]".

Cabe aclarar al respecto de lo planteado por Kelsen como punto de partida para la construcción de su *Teoría pura del derecho* no es una hipótesis sino un postulado, concepto que en el lenguaje de la ciencia no tiene nada de vulgar, y aunque ciertamente el postulado es una hipótesis, puesto que éste es un enunciado proposicional con carácter de supuesto primordial en el emprendimiento de una investigación científica cualquiera, éste posee, a diferencia de otras hipótesis, la característica de ser aceptado sin demostración alguna, pero en el proceso de investigación queda debidamente probado.

Lo que habría de preguntarse en todo caso, es si con el postulado que se expresa en la norma fundante básica y que como se dijo, "tiene que ser presupuesta, dado que no puede ser impuesta por una autoridad cuya competencia tendría que basarse en una norma aún superior[55]", se ha logrado producir enunciados «falsables», capaces de producir «demostraciones y contrademostraciones», novedoso camino abierto por Karl R. Popper, cuyo valor epistemológico aquí no es objeto de análisis y sobre el cual Kelsen, sin decirlo,

[51] No es cierto que Kelsen llama a la primera constitución norma fundamental originaria. No es lo mismo «norma fundante básica» que «norma fundamental originaria», término que Kelsen jamás usó.
[52] García Máynez, p.18
[53] *Ibídem.*
[54] *Ibídem.*
[55] *Teoría pura*. p. 202.

incursiona[56]. Pues en la última instancia no necesariamente el desarrollo de la ciencia jurídica tiene que verse (o analizarse) desde la perspectiva de los senderos del justificacionismo, postura que reduce la ciencia a conocimiento demostrado, ya sea por la intuición intelectual, o por revelación (en el caso del justificacionismo racionalista), o ya sea por medio de la experiencia o deducciones lógicas que supuestamente expresen los «puros» hechos (en el caso del justificacionismo empirista).

7.4. *LA INTERPRETACIÓN*. La diferenciación que establece Kelsen entre juicios de valor y juicios de hecho, para retornar al tema del apartado 6, es parte del proceso de la abstracción dirigido con criterios de pureza metodológica que conlleva a construir la ciencia jurídica como una ciencia normativa. Pero esta escisión, meramente metodológica, sólo involucra la posibilidad de establecer de manera científica, desde el punto de vista del positivismo jurídico, una clara línea de demarcación entre la *quaestio facti* y la *quaestio iuris.* Ahora bien, resolver las formas de implicación y relación conceptual de éstas, a partir de la eliminación de todo elemento que le sea extraño al derecho, es algo que corresponde a la ciencia jurídica; en tanto que resolver el problema de la mediación entre facticidad (o la *quaestio facti*) y validez (o la *quaestio iuris*), donde indudablemente se involucran juicios de valor, es algo que corresponde a la política jurídica, no a la ciencia jurídica. Concretamente esto es algo que corresponde a la *Teoría de la interpretación de la ley.*

Es innegable que las normas jurídicas, con todo y su sentido específico, que desde la perspectiva de la ciencia jurídica kelseniana las envuelve como mandamientos, permisiones, autorizaciones —mas no desde este punto de vista como información instructiva e informativa— posibilitan a sus destinatarios producir interpretaciones que llevan a sustituir la «razón práctica» por la «razón comunicativa», con lo cual se generan formas de vida (Jürgen Habermas), con ello indudablemente el derecho —no la ciencia del derecho— aparece como categoría de la mediación entre facticidad y validez, pero este interesante enfoque de análisis en el que el derecho es percibido como fenómeno comunicacional no constituye el objetivo de este ensayo. En este mismo sentido, pero desde otro ángulo, también se podría aventurar la hipótesis de que la categoría de la mediación entre facticidad y validez en la *Teoría pura del derecho* se constituye con la norma fundante básica.

Más o menos en la forma como aquí se ha hecho referencia, no pocos ven en la norma fundante básica la categoría de la mediación entre facticidad y validez en la *Teoría pura del derecho,* pues detrás de ésta, se dice, están los factores reales de poder[57]. Sin decirlo expresamente Gregorio Peces-Barba así lo percibe, al referirse a la postura que Kelsen asume sobre la relación legitimidad-efectividad; concretamente cuando se refiere a los casos cuando una constitución no es modificada por las formas establecidas por la constitución, sino que es remplazada por medio de una revolución, es decir, por medio de un hecho de mera fuerza con lo que se rompe con la legitimidad, hecho que es reconocido como productor de derecho por el jefe de la escuela de Viena.

[56] Pero más que el falsacionismo metodológico de Karl R. Popper, el cual es subsidiario del convencionalismo de Poincaré, el convencionalismo kelseniano es influido por dicho pensador, entre otras corrientes de esta tendencia.
[57] Véase a Gregorio Peces-Barba en *Introducción a la filosofía del derecho*, pp.43 y ss.

Sin embargo, no obstante lo sugestivo que aparece este enfoque tan privilegiado por los investigadores, en este ensayo se sostiene que la categoría de mediación entre facticidad y validez, en la *Teoría pura del derecho*, no es la norma fundante básica que cierra el sistema kelseniano desde arriba, sino que ésta se constituye por la Teoría de la interpretación de la ley propuesta por Kelsen, con la cual se cierra el sistema kelseniano desde abajo, pues es en el proceso de aplicación del derecho que realiza el órgano jurídico donde se tiene que establecer el sentido que en términos de Kelsen se le atribuye a la norma que se aplica a un hecho concreto, y debido a que ninguna norma jurídica posee un carácter de determinación completa por el derecho para su aplicación o ejecución —ya sea porque de manera intencional así lo dispuso el legislador, o porque de manera no intencional aparecen ambigüedades y vaguedades del lenguaje, o por cualquier otra razón—, es en el proceso de comprensión interpretación correcta de la ley donde para otorgar el sentido a la norma que se ha de aplicar al hecho concreto, necesariamente se tiene que producir una confluencia de juicios de valor, por eso la interpretación de la ley es planteada por Kelsen como un problema de la política jurídica y no de la ciencia jurídica.

Como se ha expuesto, Kelsen sostiene la tesis de que las resoluciones judiciales poseen un carácter *constitutivo*. No *declarativo*, como lo sostienen las teorías de la interpretación de la ley tradicionales. Tal carácter queda de manifiesto en el hecho de que conforme a las posibilidades que objetivamente ofrece la interpretación científica-jurídica, la interpretación de la ley no consiste sólo en un mero proceso intelectual que con certeza conduce al intérprete —trátese de la interpretación que hacen de los órganos jurídicos de aplicación del derecho, o la interpretación de la ciencia del derecho— a una única decisión correcta. Y no sólo esto, sino que como bien lo refiere Tecla Mazzarese, en Kelsen el proceso de constutividad involucra tanto la conclusión de la actividad decisoria del juez como la premisa mayor (*quaestio iuris*) y la premisa menor (*quaestio facti*) que en esta actividad se establecen como fundamento de la conclusión[58].

Planteada así esta tesis, y dada la indeterminación *intencional o no intencional* que caracteriza a las normas jurídicas, razón por la cual sin distinción todas han de ser interpretadas para ser aplicadas en los casos concretos que se le presentan al juez, resulta obvia la imposibilidad del análisis lógico de las decisiones judiciales; desde esta perspectiva del positivismo jurídico kelseniano, como se sostendrá con posterioridad desde la perspectiva de la nueva hermenéutica, ya en Kelsen implícitamente aparece la imposibilidad de las demostraciones lógicas en las decisiones judiciales, pues en ellas opera la argumentación —de lo que Kelsen ciertamente él no se ocupó—, no la demostración.

Y ante los actos de indeterminación intencional o no intencional de las normativas de jerarquía inferior, puesto que nunca la normativa de jerarquía superior regula de manera completa el sentido del acto mediante el cual se aplica, lo normal en el proceso de las decisiones judiciales es que "siempre permanecerá un mayor o menor espacio de juego para la libre discrecionalidad[59]", en tal virtud:

> ...el derecho por aplicar constituye sólo un marco dentro del cual están dadas varias posibilidades de aplicación, con lo cual todo acto es conforme a derecho si se mantiene dentro de ese marco,

[58] Véase la revista *Nóesis*, pp.173 y ss.
[59] *Teoría pura*. p. 350. "hasta la orden más minuciosa tiene que dejar al ejecutor una cantidad de determinaciones", dice Kelsen.

> colmándolo en algún sentido posible. […] por lo tanto, la interpretación de una ley no conduce necesariamente a una decisión única, como si se tratara de la única correcta, sino posiblemente a varias, todas las cuales —en tanto son cotejadas solamente con la ley que haya de aplicarse— tienen el mismo valor, aunque sólo una de ellas se convertirá en derecho positivo en el acto del órgano de aplicación de derecho, en especial el acto del tribunal[60]".

Kelsen critica con severidad los inútiles esfuerzos de los juristas que pretenden encontrar en la teoría de la interpretación algo más que la posibilidad de determinar el marco del acto jurídico que haya de cumplirse; que creen poder encontrar un método «seguro» de interpretación, capaz de resolver de manera definitiva, «correcta» y objetivamente válida, el conflicto entre «voluntad» y «expresión», voluntad del intérprete que bajo el peso de sus juicios de valor no obstante dice querer encontrar el sentido auténtico de la voluntad del legislador, y «expresión» —la del sentido lingüístico de la norma que se ha de interpretar. Y para no dejar dudas sobre la única salida que posee este conflicto, Kelsen formula una alternativa que coloca en el centro del debate las relaciones e implicaciones entre la *quaestio facti* y la *quaestio iuris:* ¿Es la interpretación de la ley un acto de conocimiento o de voluntad?

> La representación en que se funda la teoría tradicional de la interpretación, a saber: que la determinación del acto jurídico por cumplirse, no efectuada por la norma jurídica por aplicar, puede obtenerse mediante alguna especie del conocimiento existente, es un autoengaño lleno de contradicciones, en cuanto es contrario a los presupuestos de la posibilidad de una interpretación[61].

Más contundente aún, con lo que no deja duda sobre las implicaciones de la política jurídica en la *Teoría pura del derecho* —que sus críticos se han encargado de silenciar—, ni mucho menos sobre la constitutividad de las decisiones judiciales que implican la aserción que expresa la sentencia del juez y las aserciones que expresan la *quaestio iuris* y la *quaestio facti*, el jefe de la escuela vienesa establece con meridiana claridad, y como fundamento de su *Teoría sobre la interpretación de la ley*, lo siguiente:

> La pregunta de cuál sea la posibilidad 'correcta', en el marco del derecho aplicable, no es— según los supuesto previos— ninguna pregunta dirigida al conocimiento del derecho positivo, no es una pregunta teórica-jurídica, sino que es un problema político[62].

Es decir, la interpretación de la ley como proceso que involucra un cúmulo de aspectos metajurídicos y no sólo conocimientos previos del derecho: juicios de valor, concepciones ideológicas, políticas, religiosas, etc., todo lo cual definitivamente influye de manera preponderante en el juzgador para decidir sobre una entre varias posibles interpretaciones correctas —por más que por razones políticas e ideológicas se diga que es una sola—, es algo que en el pensamiento kelseniano corresponde a la política jurídica y no a la ciencia jurídica. Es en este punto donde confluyen la ciencia jurídica y la política jurídica, es aquí donde en el sistema kelseniano se reconcilian los juicios de valor y los juicios de hecho; aquí Kelsen define claramente su postura respecto al problema de la mediación entre facticidad y validez en la *Teoría pura del derecho*, y su *Teoría sobre la interpretación de la ley* constituye, según la tesis que se plantea en este ensayo, la categoría de esa mediación.

---

[60] *Teoría pura*, pp. 351-352.
[61] *Teoría pura*, p. 353
[62] *Ibídem.*

De lo anterior se puede concluir que, siendo la interpretación de la ley más un acto de voluntad política que de conocimiento previo del derecho, el acto de voluntad del intérprete que determine el sentido de la norma que se ha de aplicar a un caso concreto —o incluso la norma que se elige por el juez para aplicar a un caso concreto, o para solicitar al juez que se aplique a un caso concreto—, tiene en la «creencia» de que sólo es posible una sola interpretación correcta de la ley un buen ingrediente ideológico que posibilita hacer aparecer juicios de valor como si fueran juicios de hecho, o como si fueran datos de la realidad. Esto por una parte, y por la otra, tal creencia proporciona justificación, seguridad y certeza al intérprete de la ley. Una justificación, seguridad y certeza llenas de pragmatismo y dogmatismo, en la mayoría de los casos. Por supuesto, esto vale para todos los operadores del derecho, no sólo para los que cumplen las funciones jurisdiccional y de procuración de justicia.

BIBLIOGRAFÍA

Aladár Métall, Rudolf (1976). *Hans Kelsen, Leben und Werk, Wien franz deuticke, 1969.* Editado por primera vez en castellano en 1976 con el título *Hans Kelsen, vida y obra*, trad. Javier Esquivel, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México.

Friedrich, Carl Joachim (1969). *Filosofía del derecho*, trad. Margarita Álvarez Franco, Fondo de Cultura Económica, México.

García Máynez, Eduardo (1984). *Ensayos jurídicos y/o filosóficos*, 1934-1979, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, Col. Textos Universitarios, México.

Kelsen, Hans (1979). *Teoría general del derecho y el Estado*, trad. del inglés de Eduardo García Máynez, Ed. UNAM, 2ª reimpresión, México.

—*La idea del derecho natural y otros ensayos* (s / Tr.), Editorial Nacional, México,1979.

—*Ciencia y política*, en *¿Qué es la justicia?*, Ed. Ariel, Barcelona, 1992.

—*Teoría pura del derecho*, trad. Roberto J. Vernengo, traducido de la 2ª edición en alemán, Ed. Porrúa, México, 1991.

Mazzarese, Tecla. *Nóesis, Revista de Ciencias Sociales y Humanidades* de la Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, Vol. 9, No.18, enero/junio, 1992.

Pallares, Eduardo (1944). *El derecho deshumanizado*, Ed. Botas, México.

Pashukanis, E. B. (1976). *La Teoría general del derecho y el marxismo*, Ed. Grijalbo, Col. T y P, No. 27, México.

Peces-Barba, Gregorio (1984). *Introducción a la filosofía del derecho*, Ed. Debate, 2ª edición, Madrid.

Radbruch, Gustav (1985). *Introducción a la filosofía del derecho*, trad. Wenceslao Roces, Fondo de Cultura Económica, México

Rousseau, Jean Jacques (1983). *El contrato social*, trad. Enrique Azcoaga, Ed. Sarpe, Madrid.

Sánchez Vázquez, Adolfo, *Ensayos marxistas sobre la filosofía e ideología*, Ed. Océano, Barcelona.