

IV. EXPOSICIÓN DETALLADA DE KELSEN Y ROSS

Una vez expuestos los lineamientos generales así como la evolución del pensamiento de los autores con relación a la teoría general del derecho, y antes de señalar las semejanzas y diferencias de ambas concepciones, conviene exponerlas con más detalle. De antemano se advierte que la exposición no tendrá un carácter exhaustivo sino que se limitará a los puntos más importantes, en particular a aquellos en los cuales existe una divergencia mayor de opinión. Tendrá, igualmente, un carácter crítico y no meramente descriptivo.

1. Sus tesis respecto a la teoría general del derecho

En la exposición general de ambas posiciones se hizo notar que una diferencia radicaba en la concepción misma de la teoría general del derecho. Se vio que Kelsen utilizaba indistintamente los nombres de teoría del derecho y ciencia del derecho y que, aun cuando los problemas que a fin de cuentas abordaban eran muy similares, la falta de una distinción expresa de niveles por parte de Kelsen lo separaba de Ross, para quien el objeto de la teoría general o filosofía del derecho es el lenguaje científico, el aparato conceptual de la dogmática encargada de describir a los sistemas positivos. Ciertamente, Kelsen no cae en el error de afirmar que el objeto directo de su teoría son los órdenes jurídicos particulares; niega lo anterior expresamente en las primeras líneas de [XXI]. Sin embargo, el decir que se ocupará del derecho positivo "en general" es poco satisfactorio. Su insistencia en que el objeto de la teoría son las normas jurídicas podría llevar a la idea de que tal derecho "en general" consiste en algún tipo de normas generalísimas, diferentes a las normas de todos y cada uno de los órdenes jurídicos particulares (nacionales e internacional).

Parecería por tanto una mejor alternativa indicar, a la manera de Ross, que la teoría general se ocupará de las expresiones o conceptos de la ciencia jurídica en sentido estricto. Esta afirmación no está reñida con el espíritu de la tarea kelseniana de posibilitar la descripción exacta de los órdenes jurídicos particulares, así como de construir los conceptos jurídicos fundamentales que hacen posible tal exposición. La descripción de los órdenes jurídicos particulares y la construcción de conceptos son tareas complementarias, puesto que no parece plausible el llevar a cabo una de ellas aisladamente, esto es, sin intervención de la otra. El pensar que es factible describir un orden jurídico particular sin la ayuda de conceptos generales, o cons-

truir dichos conceptos sin recurrir a los intentos de exposición dogmática existentes, sería no sólo ignorar la forma en que de hecho se han elaborado estas disciplinas, sino que precipitaría a un racionalismo o a un empirismo puros imposibles de ser defendidos con ninguna seriedad.

No obstante el atractivo de la distinción insinuada por Ross entre ciencia y filosofía del derecho como dos niveles diferentes de lenguaje, su idea no es desarrollada y no pasa de ser un proyecto no exento de ambigüedad.¹ En efecto, al distinguir las normas jurídicas de las proposiciones doctrinarias que se refieren a ellas, concede que el lenguaje usado en ambas “es exactamente igual”, con una diferencia de “significado lógico” por cuanto que las primeras se proponen prescribir y las segundas describir.² Parecería entonces que, o no hay diferencia en los niveles de lenguaje, o no es importante, y que lo que es relevante es sólo la diferencia de significados entre ambos tipos de enunciados. Más adelante dirá Ross que la diferencia clara entre ambas clases de discurso se localiza básicamente en el nivel semántico.³

Si se piensa que las normas jurídicas o, mejor dicho, sus expresiones, forman un lenguaje y las proposiciones doctrinarias son un lenguaje que se refiere al primero, claramente puede decirse que se trata de dos lenguajes diferentes. Conforme a la terminología usual se hablaría de un lenguaje-objeto y de un meta-lenguaje o, si se prefiere ser más específico, del lenguaje legal y del lenguaje de los juristas.⁴ La diferencia entre ambos está en que son términos de una relación (no hay lenguaje-objeto ni meta-lenguajes en sí), y en que uno habla del otro o se refiere a él, y en ese sentido es un meta-lenguaje respecto al lenguaje del que habla. Cuando Ross dice que la diferencia está en su “significado lógico” no es claro qué entiende por esto último. Su posición se aclara al especificar que la función de las proposiciones es descriptiva y la de las normas prescriptiva, pero de esta diferencia no se sigue que exista una jerarquía de niveles entre ellos. Por lo demás, esta diferencia de funciones es colocada en el nivel semántico más que en el pragmático o en el sintáctico, por lo cual hablar del “significado lógico” es altamente ambiguo, ya que al menos la sintaxis y la semántica son, en algún sentido muy amplio, “lógica”.⁵

Ross no establece, pues, una clara diferencia de niveles de lenguaje entre el derecho y la ciencia del derecho, aunque apunta hacia la posibilidad y conveniencia de hacerla. Iguales condiciones prevalecen en su alusión al lenguaje científico como distinto del filosófico. La carencia de criterios estrictos de pertenencia a uno u otro lenguaje impide la decisión inequívoca sobre el nivel de un determinado enunciado. Tampoco está suficiente-

¹ Para la distinción entre niveles de lenguaje, muy común en la filosofía contemporánea, puede verse Capella, p. 30 y una alusión indirecta en Ross [II], p. 26.

² Ross [II], p. 9.

³ Ross [IV], pp. 69 y ss.

⁴ Capella, *ibid.*, cap. 1.

⁵ Para la distinción entre sintaxis, semántica y pragmática, tal como se formuló originalmente, véase Morris, p. 6.

mente precisado el carácter científico del lenguaje de la dogmática, como se verá posteriormente.

Todo lo anterior no significa que se niegue la posibilidad ni la conveniencia de introducir la distinción de niveles de lenguaje en el estudio del derecho. Ciertamente que las confusiones de nivel han producido serias equivocaciones, de las cuales la más común y desastrosa en este campo es no separar el derecho de la ciencia del derecho, pero no lo es menos que tal distinción, considerada en un momento como capital para la filosofía, ha perdido un poco de su condición de llave maestra para los problemas filosóficos. Además, la condición precaria de la sistematización en la ciencia y en la teoría general del derecho, hacen de la delimitación rigurosa una tarea futura.

Aun cuando la relación entre la teoría general del derecho y las normas jurídicas parezca más inmediata en Kelsen, este último empezó a apuntar una distinción entre normas jurídicas y proposiciones de derecho a partir de 1945 en [XIII].⁶ En principio, Kelsen y Ross coinciden en que la ciencia jurídica dogmática no elabora normas, sino que las describe. Esta coincidencia fundamental no oculta una discrepancia importante respecto a lo que entienden por norma, lo cual se traduce en una divergencia con respecto al objeto de sus teorías.

Ahora bien, las diferencias a este respecto pueden dividirse en las relativas a lo que en general llamaríamos la naturaleza de la norma que comprende lo concerniente a su función,⁷ a su estructura y a los diversos tipos por un lado y a la idea de sistema jurídico por otro.

2. La naturaleza de la norma según Kelsen

Sin detenernos a revisar cuidadosamente los escritos de su primera época (antes de 1945), en los cuales no se hacía la distinción entre norma jurídica y proposición jurídica,⁸ puede verse someramente qué entendía por norma.

Una premisa de la caracterización de la norma en [I] se enuncia diciendo que una norma es una oración o proposición (*Satz*) que prescribe una conducta.⁹ Se establece además que la validez o existencia de una norma es independiente de su eficacia, ya que consiste en su deber ser.¹⁰ Ambas características dan por supuesto al deber ser (*Sollen*), considerado como una "categoría original e indefinible del pensamiento".¹¹ Las normas, escribe

⁶ Aunque no sin confusiones. Véase Ross [II], p. 9, n. 29 y explicando esta aparente confusión Kelsen [XXXI], pp. 52 y ss.

⁷ Por función de una norma entenderemos su función "normativa" diferente de su función "social". La primera se refiere al modo como regulan la conducta y depende de su naturaleza o modo normativo. La segunda se refiere a sus efectos sociales. Véase Raz [VI].

⁸ Confusión que Kelsen declara ser una simple falta de claridad terminológica. Véase Kelsen [XXXI], p. 53.

⁹ Kelsen [I], p. 6.

¹⁰ *Ibid.*, p. 14.

¹¹ *Ibid.*, p. 7.

Kelsen, son enunciados “que estatuyen un deber ser” y el deber ser jurídico es precisamente el deber jurídico.¹² Además de señalar la función de la norma, se plantean también las cuestiones del origen y la forma. “La norma como tal —decía Kelsen— no está ligada a ninguna forma lingüística y puede, cuando aparece en palabras, aparecer tanto como imperativo, como infinitivo, como enunciado de deber ser (*Sollsatz*) o como juicio hipotético”,¹³ y más adelante al refutar la teoría que identifica los conceptos de norma e imperativo (*Bierling*), continuaba indicando que el imperativo es sólo una de las formas lingüísticas en que puede presentarse una norma, esto es, lo que puede estatuir un deber ser. Ocasionalmente un juicio puede también estudiar un deber ser y “fungir como norma”, por ejemplo: “tú debes...”, e incluso existen otras formas no habladas (“mudas”) de manifestación de las normas, como los gestos o ademanes. En los imperativos y en los gestos o ademanes se expresa directamente la voluntad dirigida a la conducta ajena, en tanto que el juicio es una función del intelecto, esto es, en la que media una reflexión sobre el acto de voluntad que estatuye el deber. A pesar de las diferencias formales y psicológicas (origen mediato o inmediato) entre las diversas manifestaciones de la norma, lo esencial de la misma es su función: estatuir un deber ser.¹⁴

Hecha la caracterización de toda norma, se busca la especificidad de la norma jurídica. El primer paso fue probar previamente que la finalidad no puede ser la nota específica deseada.¹⁵ En su opinión el determinante específico de la norma jurídica “sólo puede estar en su forma, en el modo y manera como estatuye el deber ser jurídico, la obligación jurídica”.¹⁶ A este respecto la primera nota mencionada por Kelsen es la heteronomía de la norma jurídica. Su obligatoriedad proviene “única y exclusivamente de la voluntad del Estado”. De tal heteronomía resulta el carácter formal de la ciencia jurídica. En efecto, para la existencia y validez de una norma jurídica es irrelevante el comportamiento de los individuos, sus sentimientos, su conciencia (el reconocimiento), ya que la cuestión se responde puramente con criterios formales. En la ciencia jurídica no se consideran para nada elementos del mundo del ser.¹⁷

Preocupado, como se ve, por distinguir nítidamente las normas jurídicas de las normas morales, indica que precisamente por el carácter heterónimo de las primeras requieren de una garantía —ventajas o desventajas— y que la norma jurídica estatal se sirve sólo de la desventaja vinculando una sanción, como consecuencia, al incumplimiento, o ilícito. Por experien-

¹² Se origina aquí una confusión ya que el deber ser (*sollen*) es identificado con el deber (*pflicht*), con lo cual la función prescriptiva de las normas jurídicas parece reducirse a la imposición de deberes. *Ibid.*, p. 70.

¹³ *Ibid.*, p. 70.

¹⁴ *Ibid.*, pp. 210 y ss.

¹⁵ *Ibid.*, pp. 14 y ss., dado que tal finalidad es común a muchos hechos que no son normas.

¹⁶ *Ibid.*, p. 70.

¹⁷ *Ibid.*, pp. 40 y ss. y 56.

cia, dice, se sabe que la sanción de la norma jurídica consiste en castigo o ejecución. Las normas morales, en cambio, son autónomas y carecen de sanción.¹⁸ De este modo la sanción se convierte en el concepto clave de la teoría pura. En efecto, el único criterio posible para distinguir el deber jurídico es su relación con la sanción, ya que una acción u omisión es el contenido de un deber jurídico sólo cuando la conducta contraria es supuesto de una sanción.¹⁹

Si además se postula que la función esencial del orden jurídico es establecer obligaciones, ya que aun cuando las leyes conceden también derechos subjetivos, esta última es una función posible del derecho pero no necesaria, se entenderá mejor el papel central que desempeña la noción de sanción.²⁰ Así, escribe Kelsen, la norma jurídica o proposición jurídica (ya que en este texto la distinción no es expresada) como "unidad última del orden jurídico" debe contener todos los elementos que son esenciales para el derecho objetivo, es decir, "para que una proposición pueda ser llamada proposición jurídica tiene que mostrar todas las funciones características del orden jurídico"; por tanto, sólo una proposición que establece obligaciones puede ser jurídica.²¹

A partir de las premisas no demostradas de que la función esencial del orden jurídico es imponer obligaciones y de que todos los elementos básicos de tal orden tienen que desempeñarla, se concluye que toda norma o proposición jurídica impone siempre obligaciones. Es claro que ambas premisas, especialmente la segunda, son al menos dudosas. En cuanto a la afirmación de que el concepto de deber sólo puede establecerse a partir del concepto de sanción, es otra tesis fundamental de la teoría pura que, aunque plausible, puede discutirse.

En el prólogo a la segunda edición de [I] expresó Kelsen que había una confusión en la concepción de esta obra, ya que "una determinación conceptual de la norma jurídica a través de la cual se indique la diferencia específica con la norma moral no parece posible sin la ayuda del factor coactivo. El derecho es esencialmente norma coactiva en el sentido de ser norma que regula la aplicación de la coacción entre los hombres y por tanto ordena".²² Con estas palabras se establecía de manera permanente en su teoría pura la definición del derecho como un conjunto de normas coactivas.

Sobre la naturaleza del derecho en general existen dos observaciones que ameritan recordarse. En primer lugar señalaba Kelsen que frente a la moral y a las costumbres, que tenían un carácter puramente social, el derecho

¹⁸ *Ibid.*, pp. 205 y 308.

¹⁹ *Ibid.*, p. 242.

²⁰ *Ibid.*, pp. 238, n. 1, 312 y 242. Las posibles funciones normativas del derecho se advertían ya en la sentencia de Modestino: *Legis virtus haec est: imperare, vetare, permittere, punire*, D. 1, 3, 7.

²¹ *Ibid.*, p. 238, n. 1. Este argumento esencialista se repite en [VII]: "Cada norma jurídica para ser tal tiene que expresar la naturaleza del derecho considerado como un todo" y como el derecho es un orden coactivo, cada norma jurídica ordena una coacción. Véase p. 47.

²² Kelsen [I], p. xi.

era específicamente estatal, puesto que su existencia presuponía una organización de los tribunales, la cual constituía la forma más primitiva de la organización estatal.²³ En segundo lugar, en el mencionado prólogo, estableció la identidad entre Estado y derecho señalándola como el progreso más importante de la teoría pura, rechazando con ella el tipo de relación insinuado en la primera edición que permitía creer en un derecho creado por el Estado.²⁴

Una etapa importante en el desarrollo de la teoría pura del derecho lo marca la aparición de [VIII], en la cual las ideas de Kelsen reflejan ya la lectura de las teorías de los juristas y filósofos de habla inglesa. En esta obra aparecen algunas tesis que complementan la concepción original acerca de las normas jurídicas. En principio se mantiene la postura original en cuanto a caracterizar las normas jurídicas como normas que establecen sanciones consistentes en actos coactivos y en ver en esto la caracterización esencial del derecho. “Si la coacción es el elemento esencial del derecho, dice Kelsen, entonces las normas que forman un orden jurídico tienen que ser normas que estipulan un acto coactivo, es decir, una sanción”,²⁵ con lo cual claramente imponen un deber: la conducta contraria es el supuesto de la sanción.²⁶

Algunas elaboraciones en lo relativo a la existencia y la naturaleza de las normas se notan en esta obra. En lo que respecta al tipo de entidad que son las normas se señaló que en [I], sin detenerse mayormente en el asunto, las llamó oraciones o proposiciones, idea que no fue repetida posteriormente. Ahora, Kelsen introduce la distinción entre normas jurídicas y regla de derecho o proposición jurídica. Los enunciados mediante los cuales la ciencia del derecho representa al derecho son las reglas de derecho, mientras que las normas son creadas por las autoridades jurídicas. Ciertamente, como se ha señalado, la terminología de esta obra es poco feliz, pero es interesante subrayar que mientras que las reglas de derecho son llamadas enunciados (*statements*), las normas no son nunca calificadas como tales.²⁷

Al comentar acerca de la norma jurídica Kelsen quiere refutar la tesis de Austin que define a la norma como un mandato. Mostrando los inconvenientes de introducir elementos psicológicos, característicos de la definición austiniana, concluye Kelsen que la norma es, en todo caso, un “mandato despsicologizado”, ya que el concepto de norma no implica la presencia de un querer psicológico.²⁸ La norma “es una regla que expresa el hecho de que alguien debe actuar de cierta manera, sin implicar que alguien real-

²³ “Kein Recht ohne Gericht”. *Ibid.*, pp. 35 y 235.

²⁴ *Ibid.*, pp. xvi y ss. En ese mismo prólogo se introdujo la noción de la norma particular o individual (pp. xiii y xiv).

²⁵ Kelsen [XIII], p. 45.

²⁶ *Ibid.*, pp. 58 y ss. A diferencia de [I] se esboza ahora la tesis de que, sin embargo, la distinción con las normas morales no puede estar en la sanción, ya que el orden moral es también sancionador, sino en el carácter coactivo de la sanción jurídica. *Ibid.*, p. 6.

²⁷ *Ibid.*, pp. 45 y ss. Sobre las dificultades con la terminología de este texto, véase Hart [II].

²⁸ *Ibid.*, pp. 30 y ss.

mente 'quiera' que la persona actúe de ese modo".²⁹ Más adelante se lee que "la norma es la expresión de la idea de que algo debe de ocurrir, especialmente de que un individuo debe de comportarse de cierta manera".³⁰

Estas afirmaciones plantean varios problemas que merecen apuntarse. Parece claro que las normas son reglas que expresan el hecho o la idea de que algo debe ser, esto es, que son expresiones de un deber ser. Sin embargo, difícilmente sería esto una definición aceptable, no sólo por la incertidumbre provocada al hablar de expresar hechos o ideas, sino también por utilizar en ella los conceptos de "regla" y de "deber ser", igualmente urgentes de clarificación. Es cierto que Kelsen da algunas nociones acerca de lo que es el "deber ser" que vale la pena recoger. En primer lugar el enunciado "X debe hacer A" no es él mismo una norma, sino un enunciado cuyo significado es que A está prescrito por una norma. El término "debe" [ought] expresa aquí el sentido en que la conducta está determinada por una norma y lo único que puede decirse de este sentido es que es diferente del expresado en "X hace realmente A". Por todo esto "A debe ser" se refiere a la existencia y contenido de una norma y no a hechos reales en la naturaleza. El significado de normas en general y de las normas jurídicas en particular sólo pueden captarse mediante el concepto de "deber ser".³¹ A partir de una noción indefinible pero intuitivamente comprensible, el deber ser, se construye su correlato "norma" como una expresión que significa que algo debe ser. Las normas, parece decir Kelsen, son expresiones con significado, aunque no son proposiciones descriptivas, sino prescriptivas en tanto expresan un deber ser.

A reserva de volver sobre este punto, dado que no es una solución clara y satisfactoria, alguna luz puede obtenerse desde la perspectiva de la existencia de las normas jurídicas. Ya en [I] se había apuntado que ser y deber ser son dos puntos de vista y que no había ningún motivo para unirlos. Por eso mismo la existencia de una norma jurídica, su validez, es puramente formal, esto es, la eficacia es irrelevante para decidir la existencia de una norma.³² En [XIII] repite que "validez" significa la existencia específica de las normas; decir "N es válida" es decir que asumimos su existencia o que tiene "fuerza obligatoria".³³ Ahora bien, ¿cómo probar la existencia de una norma? Obviamente no bastará con asumirla, sino que debe haber algún procedimiento para probar su existencia. Lo primero que Kelsen rechaza es la posibilidad de entender la existencia de una norma como un fenómeno psicológico. No es esta la forma en que un jurista establece la existencia de una ley.³⁴

La existencia de una norma jurídica, de acuerdo con la teoría pura, es su validez que "aunque no es idéntica con ciertos hechos, está condicionada

²⁹ *Ibid.*, p. 35.

³⁰ *Ibid.*, p. 36.

³¹ *Ibid.*, p. 37.

³² Kelsen [I], p. 49.

³³ Kelsen [XIII], p. 30.

³⁴ *Ibid.*, p. 33.

por ellos". Tales hechos son "la eficacia del orden jurídico total al cual la norma pertenece, la presencia de un hecho creador de la norma y la ausencia de cualquier hecho anulatorio de la norma". Por lo anterior, la aserción de que una norma jurídica existe "puede ser verificada por medio de los hechos que condicionan la existencia de la norma".³⁵ A las normas del derecho positivo les corresponde, añade Kelsen, una cierta realidad social. La existencia y contenido de tales normas puede entonces verificarse por hechos, esto es, por un "método objetivo".³⁶ Puede verse entonces que, de alguna manera, la tesis original es ampliada para asegurar el carácter científico de la ciencia del derecho de acuerdo con la tesis de la verificabilidad empírica como criterio para la científicidad, pero sin dar el paso de reducir la ciencia jurídica a una ciencia empírica semejante a las ciencias naturales, reduciendo con ello la validez a la mera eficacia. Más adelante se abordarán las ventajas y desventajas de esta posición.

Esta obra de 1945 no fue, sin embargo, la última palabra. En 1960 apareció la segunda edición corregida y aumentada de la XII, en la cual se expone por completo la versión hasta ese momento definitiva del pensamiento kelseniano. Vale la pena señalar aquellos puntos en que el autor es más explícito o en que introduce algunas modificaciones.

"Norma", dice Kelsen, es el sentido (*Sinn*) que tienen ciertos actos humanos dirigidos intencionalmente a la conducta de otros y que según su sentido ordenan, permiten y facultan tal conducta. El sentido de tales actos sólo puede describirse mediante enunciados³⁷ que contengan la expresión "debe" (*Sollen*), por ejemplo "X debe hacer A".³⁸ Las normas no son, pues, ni enunciados, ni juicios, ya que éstos son el sentido de actos del pensamiento, en tanto que las normas son el sentido de un acto de voluntad.³⁹ Tampoco ha de confundirse la norma con el acto de voluntad que la crea, pues este es el hecho psíquico. Las normas son entidades no-lingüísticas de tipo ideal o abstracto a las que Kelsen denominan "contenidos de sentido" (*Sinngehalt*), "contenido espiritual o mental" (*geistiger Gehalt*), o simplemente "sentido de un acto de voluntad".⁴⁰ En el último de sus escritos publicados, indica expresamente que, en tanto sentidos de ciertos actos de voluntad, las normas tienen una existencia ideal diferente de la existencia real, lo cual no impide que sean objeto de una ciencia.⁴¹

³⁵ *Ibid.*, p. 48.

³⁶ A diferencia, por ejemplo, de las normas de justicia. *Ibid.*, p. 49.

³⁷ Para Kelsen un enunciado o proposición (*Aussage*) designa el sentido de un acto de pensamiento, pero también el acto mental y lingüístico que lo produce. Para distinguir la entidad abstracta de los actos psíquicos y lingüísticos, se refiere a la primera como "contenido o substrato de sentido". Ésta es la única que propiamente puede ser calificada de verdadera o falsa. Véase Kelsen [XXVI], p. 1486.

³⁸ Kelsen [XX], p. 4.

³⁹ Con estas ideas se aclara, escribe Kelsen, la tesis de [XIII]. Véase [XX], pp. 10, 73 y 84.

⁴⁰ Usando indistintamente "Sinn" y "Bedeutung". Kelsen [XX], pp. 7 y 23.

⁴¹ Kelsen [XXIX], p. 1463, n. 11. En [XXVI] precisa que sólo los contenidos de sentido de los actos de pensamiento pueden ser verdaderos o falsos, no así los de los actos de voluntad (p. 1470).

Kelsen insiste en que la forma lingüística en que se expresan no es importante, pudiendo ésta ser incluso la de gestos, ademanes o símbolos (por ejemplo, un semáforo). Su expresión lingüística en palabras u oraciones puede tener la forma gramatical de imperativos o descripciones (por ejemplo, "te mando callar"). Lo importante es el sentido del acto.⁴² Este sentido puede, a su vez, ser subjetivo u objetivo. En todo acto intencional con las características antes descritas hay un sentido subjetivo, un "deber ser".⁴³ Pero existe además un sentido objetivo y este "deber ser" es el que es designado como norma. Las características que pueden encontrarse en el texto kelseniano como específicas del sentido objetivo son las siguientes: a) la acción o conducta es considerada como debida no sólo por el autor del acto intencional dirigido al destinatario, sino también desde el punto de vista de un tercero desinteresado; b) el deber ser subsiste aun cuando desaparezca la voluntad que lo creo, y c) el deber ser "vale" (o existe) aun cuando aquel a quien se dirige, el destinatario, ignore la existencia del acto creador. Al reunirse las tres condiciones se está en presencia de un deber ser objetivo, de una norma válida que obliga.⁴⁴ Ciertamente que estas tres características reflejan importantes propiedades de las normas jurídicas (e incluso de las morales si no se es un relativista extremo). Con razón señala Kelsen que la validez objetiva de una norma, entendida en esta forma, no equivale a una creencia metafísico-religiosa como quiere Alf Ross.⁴⁵

Una modificación radica en que anteriormente mantenía la doctrina de que un acto de voluntad implicaba necesariamente el conocimiento del contenido de lo querido. El parlamentario que no conocía el proyecto y lo aprobaba no llevaba a cabo un acto de voluntad. En estas obras, se abandona la tesis interpretando tal acto de voluntad como un facultamiento: el parlamentario quiere que sea ley el proyecto, cualquiera que sea su contenido.⁴⁶ Kelsen sacaría posteriormente una consecuencia: toda norma supone necesariamente un acto de voluntad. La aceptación de esta teoría llamada *Willenstheorie* se conecta con el cambio de actitud de Kelsen respecto a la cuestión, que analizaremos después, de si las normas son juicios hipotéticos o no.⁴⁷ En sus últimos artículos Kelsen derivó todavía algunas consecuencias de los principios básicos de su teoría relativa a los dualismos insuperables: ser y deber ser, norma y enunciado, realidad y valor, querer y pensar [*Wollen* y *Denken*]. De este último expresó que la diferencia entre estas dos funciones anímicas era "psicológica".⁴⁸ En particular enfatizó el principio de que "el deber ser es el correlato de un querer" o que, en otras

⁴² Kelsen [XX], pp. 6 y 7, 73 y 74.

⁴³ Este *Sollen* es una categoría irreducible al *Sein* (ser) pero su diferencia con la categoría del Ser no puede ser determinada con más precisión ya que "está inmediatamente dada en nuestra conciencia". *Ibid.*, p. 5.

⁴⁴ *Ibid.*, pp. 4 a 7.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 8, nota.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 7, nota.

⁴⁷ Kelsen [XXXI], pp. 61 y ss.

⁴⁸ Kelsen [XXIII], p. 121.

palabras, “no hay imperativo sin *imperator*”, todo lo cual le hizo modificar su doctrina de la norma básica.⁴⁹ Igualmente mantuvo en ellos la tesis de que debe distinguirse cuidadosamente a la norma como el sentido de un acto de voluntad, tanto del acto mismo, como de su expresión lingüística en un enunciado de deber ser (*Sollsatz*). En tanto sentido de un acto de voluntad tiene existencia ideal (*ideel*, no *ideal*), diferente de la existencia real verificable por los sentidos. Esta distinción la apoyó en la teoría de Husserl acerca de la diferencia entre el ser real y el ser ideal, con la cual se distingue perfectamente el ser del acto, del ser del sentido de tal acto, reconociendo, no obstante, que aun cuando puede abstraerse el sentido del acto a partir del acto mismo, y por lo tanto emprenderse una ciencia normativa que se ocupe sólo del deber ser y no del querer, ello no implica rechazar el principio de que todo deber ser en el sentido de un querer.⁵⁰

3. Las funciones de la norma según Kelsen

En lo que se refiere a las funciones de las normas jurídicas la última edición de la *Teoría pura*⁵¹ contiene una exposición más sistemática y detallada que la que se desprende de la lectura de [XLII]. En ésta se limitaba a señalar que las funciones de una norma jurídica eran “prescribir”, “estipular sanciones”, “imponer deberes y conferir derechos”. Respecto a las última enfatizó que la distinción entre *imperative* y *permissive law* era insostenible. No hay, escribía, por una parte, normas jurídicas que prohíban u ordenen y, por otra, normas jurídicas que permitan. El orden jurídico concede un derecho o un permiso a alguien sólo cuando al mismo tiempo impone un deber a un sujeto distinto e, inversamente, siempre que impone un deber a alguien confiere un derecho a otra persona.⁵²

En la segunda edición de la *Teoría pura* empieza por advertir⁵³ que la función del orden jurídico es regular la conducta humana, tanto las acciones como las omisiones.⁵⁴ Esta regulación se lleva a cabo de modo positivo y negativo. De modo positivo las normas pueden desempeñar tres tipos de funciones: 1) ordenar una conducta (lo cual implica prohibir la conducta contraria); 2) permitir, y 3) conferir poderes. Respecto a (1), a la que en el uso lingüístico común corresponde la expresión “deber” (*Sollen*), se mantiene la idea de que la condición necesaria para imponer un deber es mediante una sanción a la conducta contraria. Esta sería la

⁴⁹ A reserva de volver más adelante sobre este tema pueden verse Kelsen [XXIII] y [XXIX] y acompañarse con [XX], p. 9.

⁵⁰ Kelsen [XXIII], pp. 123 y ss. y [XXIX], p. 1463, n. 11.

⁵¹ Kelsen [XX], pp. 4 y ss., 57 y ss.

⁵² Kelsen [XIII], p. 77.

⁵³ Kelsen [XX], pp. 15 y ss.

⁵⁴ Kelsen habla indistintamente de las funciones del orden jurídico general y de las funciones de las normas jurídicas, sugiriendo que las funciones desempeñadas por el orden son, en rigor, ejecutadas por tipos diferentes de normas.

“función esencial” y “primaria” del derecho.⁵⁵ En cuanto a (2), la permisión está asociada en alemán con el vocablo *dürfen* (poder, tener permiso o derecho para...) y Kelsen colocó dentro de ella el caso de la norma que permite expresamente una conducta que está, por lo demás, prohibida, por lo cual la norma limita el ámbito de validez de una norma general prohibitiva. El ejemplo que ilustra esta función es la permisión conferida por una norma jurídica para usar la fuerza contra otra persona en caso de legítima defensa.⁵⁶ La tercera función (*ermächtigen*) consiste en conferir poderes y se caracteriza en alemán con el verbo “*können*” (poder). Kelsen señala dos casos, insinuando que son exhaustivos, en que una norma jurídica desempeña esta función, a la cual caracteriza en términos generales como la de otorgar poder a un hombre para producir consecuencias, normadas por el orden jurídico, mediante una determinada acción. El punto de partida de la distinción es la opinión kelseniana de que toda conducta humana determinada por el orden jurídico como condición o consecuencia puede ser vista como “facultada” [*ermächtigt*] en sentido amplio, es decir, como regulada positivamente. Se puede distinguir aquí la capacidad delictiva [*Deliktsfähigkeit*] y la capacidad de actuar [*Handlungsfähigkeit*], que se diferencia en que la primera tiene como efecto jurídico una sanción, mientras que la segunda no. Por esta razón la segunda puede denominarse también “competencia”, la cual incluye no sólo la de los funcionarios públicos u órganos jurídicos en sentido estricto, sino la de las “personas privadas”, ya que en ambos el contenido de la función es el mismo: creación de normas jurídicas.⁵⁷ A la luz de estas reflexiones la presentación de los dos casos es clara. El primero se da cuando una norma jurídica concede un poder jurídico para crear o participar en la creación de normas jurídicas. Aquí se distinguen tres posibilidades: “facultamiento” o “autorización” (*Berechtigung*) para iniciar un proceso que conduzca a una sanción, siempre y cuando se haya violado una obligación; autorización para participar en la creación de normas generales (por ejemplo, los derechos políticos) y, por último, facultamiento para llevar a cabo ciertos negocios jurídicos (por ejemplo, concesiones o licencias).⁵⁸ En el segundo caso Kelsen habla de “conceder poder”, en el sentido amplio de la expresión, cuanto se faculta a alguien a ejecutar los actos coactivos previstos por el orden jurídico.

En cuanto al modo negativo de regular la conducta, se señala la permisión negativa como única posibilidad. En esta situación una conducta determinada no está prohibida por el orden jurídico, sin estar permitida de manera positiva por una norma que limite el ámbito de una norma prohibitiva.⁵⁹ En este caso y sólo en este, se puede decir que tal conducta está

⁵⁵ *Ibid.*, p. 123.

⁵⁶ Más adelante se verán algunas dudas respecto a este caso.

⁵⁷ *Ibid.*, pp. 152 y ss.

⁵⁸ *Ibid.*, pp. 143 y ss.

⁵⁹ Con “positivo” y “negativo” parece que se alude aquí más bien a expreso y tácito, es decir, a la existencia o no de un acto que permite. Véase Kelsen [XX], pp. 15 y ss.

permitida de manera negativa. Con relación a este permiso tácito conviene hacer algunas observaciones. Primero, que esta función no pertenece estrictamente a una norma jurídica sino, como escribe Kelsen, a la totalidad del orden jurídico. En segundo lugar, que a la conducta permitida negativamente le puede corresponder o no un deber a cargo de los demás de no llevar a cabo una conducta opuesta. En caso negativo habría un conflicto de intereses —dos conductas “opuestas”, ambas permitidas negativamente— para el cual el orden jurídico no tiene una solución.⁶⁰ Por último, el principio implícito en la tesis es el de que “todo lo que no está jurídicamente prohibido está jurídicamente permitido”, el cual no está exento de complicaciones.⁶¹ Aun cuando no pueden perseguirse aquí tales complicaciones, éstas han sido analizadas por diversos autores. Lo que sí puede concluirse es que tanto en la permisión positiva como en la negativa existe una conexión esencial con la prohibición, ya que según Kelsen la función básica es la de ordenar, y sólo en un orden normativo que ordene conducta humana puede hablarse de que determinada conducta está permitida.

Una de las consecuencias de la caracterización anterior es la modificación del rechazo de la distinción entre *imperative* y *permissive law*. Con relación a las permisiones que eran “reflejo” de órdenes, la distinción es ciertamente superflua.⁶² Aquí “permitir” es usado como “autorizar” o “facultar” (*berechtigen*) y los casos típicos son dos: 1) cuando a un sujeto A se le ordena tolerar que otro sujeto B se comporte de determinada manera, se dice que B está facultado a comportarse así, y 2) igualmente, si le está ordenada a A una prestación determinada para B, se dice que B está facultado a recibir tal prestación por parte de A. En ambos casos el “estar permitido” (o autorizado) de la conducta de B es sólo un reflejo del “estar ordenado” de la conducta de A y no es una función diferente. Sin embargo, Kelsen reconoce que con relación a los otros significados de “permitir”, y en particular cuando se entiende como “conceder poder”, la distinción entre los dos tipos de “leyes” tiene que mantenerse.⁶³

En varios de los últimos escritos de Kelsen se encuentran todavía afirmaciones que complementan e incluso corrigen las tesis expuestas, razón por la cual conviene referirse a ellos. Primero, en su artículo sobre la deroga-

⁶⁰ *Ibid.*, p. 44. Kelsen da el ejemplo de la permisión tácita de construir una abertura para colocar un ventilador en una pared limítrofe, acción que puede fracasar si el vecino levanta un muro —acción igualmente permitida negativamente— que impide el funcionamiento del aparato.

⁶¹ Kelsen aplicó el principio para criticar la teoría de las lagunas, reconociendo una observación de Cossío. Ver Kelsen [XVI], pp. 174 y ss.; pero se ha señalado que el principio puede entenderse como una definición o como una norma. En el primer caso no puede desempeñar la función normativa que Kelsen le asigna para garantizar la completitud de todo sistema jurídico y en el segundo sólo la desempeña cuando aparece como norma positiva del orden en cuestión, pero sin poder ser entendida ya como “principio lógico-jurídico”. Véase Alchourrón y Bullygin [I], cap. VII.

⁶² “Reflejo” parece entenderse como una relación lógica de implicación, pero no se especifica.

⁶³ Kelsen [XX], p. 16.

ción y después en el relativo al concepto de norma habló Kelsen de la función derogatoria de las normas jurídicas como diferente de las expuestas anteriormente.⁶⁴ Sin adentrarse más en esta complicada y poco considerada noción de derogación, es conveniente resumir las particularidades de dicha función a la luz de la teoría pura. Esta función específica es llevada a cabo por las llamadas normas derogatorias, las cuales, curiosamente, ni prescriben conducta, ni se refieren a ella, por lo cual no pueden obedecerse y aplicarse como otras normas, ni tampoco violarse. Su función es repeler la validez de otra norma y, en este sentido dice Kelsen que no establecen un “deber ser”, sino un “no deber ser” (*non-ought*).⁶⁵ De aceptarse estas ideas se trataría evidentemente de una función bastante distinta de las otras en la medida en que no queda incluida dentro de la función normativa genérica de regular conducta.⁶⁶

Al hablar de la función de las normas es oportuno recordar, aunque sea sinópticamente, que las normas tienen, según Kelsen, otra función peculiar en tanto sirven como “esquemas de interpretación”.⁶⁷ Los hechos jurídicos tienen, dice Kelsen, dos elementos: 1) un acto o un proceso perceptible por los sentidos y que ocurre en el tiempo y en el espacio, y 2) el significado que tiene tal acto conforme al derecho. El significado jurídico no es, en ningún caso, una propiedad natural del acto. El acto se vincula a un sentido determinado que puede ser subjetivo u objetivo. Este sentido que puede expresarse y entenderse es susceptible de formularse en palabras que afirmen algo sobre el sentido jurídico del acto, acción a la que Kelsen llama autointerpretación y que nunca se presenta con los hechos naturales. Sin embargo, lo que hace jurídico a un acto, el sentido jurídico del mismo, no es el sentido que recibe de las formulaciones hechas por su autor o por un tercero cualquiera, sino el que le confiere el derecho positivo. Sólo mediante el conocimiento del derecho, es decir, mediante la ciencia jurídica, puede hacerse la interpretación objetiva de un acto. La norma jurídica al hacer posible esta interpretación jurídica objetiva “funge como esquema de interpretación” y los hechos reciben mediante ella su significado jurídico. Así, por ejemplo, la muerte de un ser humano se convierte en homicidio o en ejecución de un criminal, mediando su sentencia, sólo en virtud de la interpretación normativa de un hecho externo, de “un trozo de naturaleza determinado por la legalidad causal”.⁶⁸ Esta interpretación normativa es diferente a la “interpretación explicativa” que haría una ciencia cau-

⁶⁴ Kelsen XXII] y [XXIX], pp. 1429-43 y 1455-68.

⁶⁵ Kelsen [XXII], pp. 1429 y ss.

⁶⁶ Al menos no directamente, ya que parece tratarse de normas de segundo orden, esto es, normas que se refieren a normas y no a conductas. Puede compararse lo anterior con una idea similar de Raz acerca de las leyes puramente retroactivas que no guían la conducta por lo cual indica que tienen una “función normativa subsidiaria”. Véase [VI], p. 281.

⁶⁷ Kelsen [XX], pp. 1 y ss. Claramente se verá que la naturaleza de esta función no es normativa, sino que parece más bien epistemológica. De este problema no nos ocuparemos aquí.

⁶⁸ *Ibid.*, pp. 1 a 4.

sal. Es obvio que para Kelsen ambas interpretaciones son excluyentes y exhaustivas, por lo cual afirma que la norma básica hace posible una interpretación jurídica, pues sin ella los hechos sólo podrían recibir una interpretación sociológica.⁶⁹

Sin duda que la teoría antes expuesta suscita muchas preguntas y está aún en espera de una clarificación; sin embargo, dado que Ross acepta, sin discusión, una versión similar, será suficiente para nuestros propósitos lo dicho anteriormente.⁷⁰

4. La estructura de la norma según Kelsen

Bajo este rubro se tratará un complejo de cuestiones relacionadas entre sí. Por principio surge como ineludible el problema de distinguir las normas de las proposiciones jurídicas, ya que en ocasiones no se distingue si se habla de la estructura de unas u otros. Estrechamente emparentada con la estructura está la cuestión del carácter hipotético o categórico de las normas. Hecha esta distinción, la comprensión de la concepción kelseniana de las normas jurídicas quedaría trunca si no se hiciese alusión a la distinción entre norma primaria y norma secundaria y a su innovación respecto a la existencia de normas individuales. Esta tipología se incluirá, pues, en este apartado.

Se había adelantado ya que en su primera obra Kelsen expresaba que las formas en que aparecían las normas podían ser muy variadas: imperativos, juicios hipotéticos, etcétera. El elemento común era que estatúan un deber ser.⁷¹ Lo específico de las normas jurídicas no estaba, pues, en establecer un deber, ni en el contenido del mismo, puesto que las normas morales, las religiosas o las sociales pueden muy bien coincidir. La "esencia específica" (*Spezifische Wesenheit*) de las normas jurídicas sólo podía estar, según el jefe de la Escuela de Viena, en su forma y la tarea particular de la jurisprudencia era establecer fijamente cuál era dicha forma.⁷²

Una vez determinado que el orden jurídico establece deberes mediante la imposición de una sanción —castigo o ejecución—, la forma de la proposición jurídica (hay que recordar que no se distinguía entre norma y proposición) se mostraba claramente como la de un juicio hipotético cuyo esquema dice así: "Bajo determinadas condiciones (un determinado comportamiento del hombre), el Estado quiere establecer ciertas acciones, esto es, ciertas consecuencias del ilícito (*Unrechtsfolgen*, es decir, castigar o ejecutar)." ⁷³ La cuestión de la forma de la norma jurídica era la cuestión de la forma lógico-lingüística ideal que expresaba la esencia del derecho obje-

⁶⁹ *Ibid.*, pp. 224 y 377.

⁷⁰ La doctrina de los actos lingüísticos de Austin puede resultar muy provechosa para analizar el problema del acto y su significación.

⁷¹ Como se dijo antes, no se distinguía entre deber ser y deber jurídico.

⁷² Kelsen [I], pp. 31 y 70.

⁷³ *Ibid.*, p. 212.

tivo, por eso mismo las formas que de hecho usaba el legislador concreto eran irrelevantes. La proposición jurídica se construía a partir del contenido de las leyes y sus elementos necesarios no siempre estaban en la misma ley.⁷⁴ Esta forma lógica, en tanto esencia o naturaleza del derecho, no era, por supuesto, variable y tenía que ser “la misma para todos los tiempos”.⁷⁵

La falta de distinción entre norma jurídica y proposición presentó desde entonces una dificultad que Kelsen advirtió mucho después. En efecto, en este primer texto se puede leer que “la vinculación que existe entre los elementos comprendidos dentro de la norma y que se produce gramaticalmente mediante el deber (*soll*)”, tiene una naturaleza diferente de la vinculación causal y de la teleológica, es normativa y desde ese momento la teoría pura la conoció como “imputación”.⁷⁶ Esta vinculación se establece siempre “con base en la norma”, y por tanto, no es un principio absoluto natural o de justicia, sino que siempre será *quaestio facti* el comprobar a quién y en qué circunstancias la norma le impone un deber (*sollen*).⁷⁷ Es, pues, un principio formal que, por otra parte, no se limita al campo del derecho y se extiende a la moral y a la economía.

El problema que se plantea es si la descripción que se hace de la existencia de los dos elementos vinculados por una expresión, deber ser, la cual alude a un tipo especial de relación denominada imputación, es la descripción o análisis de la estructura de la norma jurídica o de la proposición jurídica (o de ambas). En caso de que sea la estructura de la norma, parecería seguirse de ello que las normas jurídicas son juicios hipotéticos. De no ser así, posición posterior de Kelsen, subsiste la duda de si las normas jurídicas tienen o no una forma o estructura lógica y cuál sería.

A grandes rasgos, la evolución de este problema dentro de *La teoría pura del derecho* es la siguiente. En esta primera obra, aunque se mantiene que la forma de toda proposición jurídica es un juicio hipotético, se hacía una distinción entre proposición jurídica en sentido estricto y proposición jurídica en sentido amplio. Las primeras establecían obligaciones para el súbdito y las segundas para la persona del estado.⁷⁸ Posteriormente, con la introducción de la tesis de la identidad entre derecho y estado, que incluía un nuevo concepto de estado entendido como el orden jurídico total, se eliminó el falso problema de la autoobligación del Estado. Ahora el Estado sólo “tiene” derecho y obligaciones en el sentido de “contenerlos”.⁸⁰

⁷⁴ *Ibid.*, pp. 36 y ss.

⁷⁵ *Ibid.*, pp. 257 y ss.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 72.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 75.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 78.

⁷⁹ *Ibid.*, pp. 212, 245, 254 y ss.

⁸⁰ *Ibid.*, prefacio a la 2a. ed., pp. xviii y xix. Esta identidad de derecho y estado ayudó también a la aceptación de la tesis que postulaba a la coacción como diferencia específica del concepto de norma jurídica, rechazada anteriormente por la idea de que la persona estatal, como sujeto de derechos y obligaciones, dirigiera contra sí mismo la coacción, parecía “lógicamente imposible” (*ibid.*, pp. 245 y xi). Esta identificación se hizo posible merced a la aceptación de que el orden jurídico estaba constituido únicamente por nor-

Hecha esta simplificación Kelsen siguió dando a entender que las normas generales eran juicios hipotéticos que enlazaban un acto coactivo, como consecuencia jurídica, a un determinado supuesto fáctico (*Tatbestand*) o condición. Esta tesis fue defendida en [VII] así como en [XII], pero, como él mismo escribe, más tarde la rechazó.⁸¹ Así, en [XIII], al distinguir entre norma jurídica y proposición jurídica señaló que esta última “es un juicio hipotético que enlaza ciertas consecuencias a ciertas condiciones”,⁸² añadiendo que esta “forma lógica” es también la de las leyes naturales.⁸³ Con relación a las normas jurídicas cesó de llamarlas juicios, aun cuando no de hablar de su forma. Repitió, en efecto, la tesis de que aun cuando las normas generales hacen depender una sanción de ciertas condiciones, dependencia que se expresa mediante el concepto “deber ser”, los órganos no tienen que darles “la forma de tales enunciados (*statements*) hipotéticos de “deber ser”.⁸⁴ “Los distintos elementos de una norma están contenidos en productos muy diferentes del proceso legislativo y pueden ser expresados lingüísticamente en formas muy diferentes”.⁸⁵ Sin embargo, con independencia de la forma que les dé el legislador, “las normas jurídicas generales tienen siempre la forma de enunciados hipotéticos. La sanción estipulada por la norma es estipulada bajo ciertas condiciones”.⁸⁶

Es notorio entonces que Kelsen distingue entre la forma lingüística o gramatical de los textos legales, redactados en ocasiones como imperativos o como predicciones sobre el futuro, y lo que “la autoridad creadora de la norma quiere decir (*means*), que es que si se cumplen ciertas condiciones ‘debe ser’ ejecutada la sanción”. Igualmente da a entender que una vez establecida la forma lógica de las normas es irrelevante si los textos legales presentan la norma en una oración o en varias, las cuales pueden, incluso, formar parte de ordenamientos diferentes.⁸⁷

Una primera conclusión puede sacarse fácilmente. Las normas no son juicios, ni hipotéticos, ni categóricos, ni de ningún tipo. Para Kelsen los juicios son “enunciados sobre un objeto dado al conocimiento”,⁸⁸ son el sentido de actos de pensamiento, en tanto que las normas son el sentido de un acto de voluntad. Por esa razón de los juicios puede decirse que son

mas generales, “prejuicio” que eliminaba los actos jurídicos individuales en los cuales el estado se manifestaba más claramente (*ibid.*, p. xviii).

⁸¹ Kelsen [XXXI], p. 58.

⁸² Kelsen [XIII], p. 45.

⁸³ *Ibid.*, p. 46.

⁸⁴ Nos apartamos de la versión castellana por ser inconsistente en este punto. Traduce, en efecto, *statement* indistintamente por “enunciado”, “proposición” y también por “juicio”. Con ello se pierde la distinción que mantiene Kelsen en toda la obra entre *statement* y *judgment*. Incluso el término *sentence* (oración), es traducido a veces por “juicio” y a veces por “frase”, cuando Kelsen lo usa expresamente para referirse a la forma gramatical junto con el sustantivo *phrase* (*Ibid.*, pp. 45, 52, y ss., 192 y ss. de la edición española.)

⁸⁵ *Ibid.*, p. 45.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 38.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 45.

⁸⁸ Kelsen [XX], p. 73.

verdaderos o falsos, pero no así de las normas.⁸⁹ También puede concluirse que como hay normas hipotéticas y normas categóricas, lo que parece ser una diferencia estructural, entonces las normas tienen una forma o estructura.

En este punto surgen algunas cuestiones que ameritan ser vistas con detalle: ¿cuál es exactamente la estructura de las proposiciones jurídicas?, ¿cuál es la relación entre norma y proposición jurídica?, ¿refleja la estructura de la proposición a la de la norma?, ¿cuáles son los elementos de la norma jurídica?, ¿cuál es la diferencia entre una estructura hipotética y una categórica?

Un buen punto de partida para intentar despejar estas incógnitas es exponer la tesis de la teoría pura acerca de la estructura de las proposiciones jurídicas, especificando cada uno de sus elementos.⁹⁰ Las proposiciones jurídicas son “juicios hipotéticos que enuncian que conforme a un orden jurídico nacional o internacional, dado al conocimiento jurídico, bajo ciertas condiciones determinadas por este orden jurídico, ciertas consecuencias determinadas por este orden deben suceder”.⁹¹ Si se concibe al derecho como un orden coactivo, tal como lo hace la teoría, entonces la consecuencia que debe ser establecida en un acto coactivo.⁹² La condición no es siempre una conducta humana, ya que excepcionalmente puede ser un hecho; la consecuencia, en cambio, es exclusivamente conducta humana, esto es, el acto coactivo que debe ejecutarse.⁹³

De lo anterior se sigue que la conducta que constituye la condición del acto coactivo establecido por el orden jurídico es el hecho llamado ilícito o delito, y que el acto coactivo representa la sanción.⁹⁴ Hecho antijurídico y sanción son, pues, dos elementos de la proposición jurídica que describe al derecho. El elemento distintivo o específico es un tercero, precisamente el que la distingue de los enunciados que describen los fenómenos naturales de manera causal, es la cópula —deber ser— que vincula al ilícito con su consecuencia jurídica.⁹⁵ La expresión “deber ser” resulta, sin embargo, equívoca, y Kelsen se encarga de aclarar que comprende los tres significados de las funciones normativas: ordenar, permitir y conferir poder. En efecto, la expresión recibe un significado que va más allá del uso común en el que únicamente quiere decir “estar ordenado”.⁹⁶

Según Kelsen el análisis del pensamiento jurídico muestra que en las proposiciones jurídicas que describen el derecho se aplica un principio ordenador diferente del de la causalidad y al que denomina *imputación*. Su

⁸⁹ Kelsen [XXIX], p. 1464.

⁹⁰ Respecto a las diversas formulaciones de la proposición jurídica en la Escuela de Viena, en particular las de Kelsen, F. Kaufmann, Schreier y Bondy, véase Bondy.

⁹¹ Kelsen [XX], p. 73.

⁹² *Ibid.*, p. 114.

⁹³ *Ibid.*, pp. 105 y ss.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 116.

⁹⁵ La doctrina cuyas líneas generales resumimos aquí, se encuentra expuesta en Kelsen [XX], pp. 79-95, 103-106.

⁹⁶ *Ibid.*, pp. 5 y 81.

forma lógica es la de un juicio hipotético que puede esquematizarse así: “si A es, debe ser B”. Su principal diferencia con la causalidad, que también vincula dos elementos —causa y efecto—, es que la vinculación normativa de la proposición jurídica sólo es posible si una autoridad jurídica establece una norma. En otras palabras, tiene como condición un acto de voluntad que no figura en la formación de las leyes naturales. En tanto que la ley natural es un enunciado que describe la naturaleza, la ley (proposición) jurídica es el enunciado que describe al derecho.⁹⁷ El tercer elemento, el “deber ser”, expresa “solamente el sentido específico en que ambos hechos aparecen ligados entre sí mediante una norma jurídica, y esto quiere decir *en* una norma jurídica”.⁹⁸ Es la norma jurídica la que “prescribe algo y por ello establece primeramente la vinculación de los hechos, la conexión funcional, la cual será descrita por la proposición jurídica como ley jurídica”.⁹⁹

En suma, la estructura de la proposición jurídica, o ley jurídica como la llama aquí Kelsen para mantener la analogía con la ley natural,¹⁰⁰ sería: “si A es, debe ser B”, en donde A representa un enunciado que describe generalmente una conducta y excepcionalmente un hecho; B, un enunciado que describe un acto coactivo; y “debe ser”, un tipo de variable “M” para las tres modalidades normativas reconocidas en la teoría pura.¹⁰¹

Se vio por algunas de las citas anteriores que, en algún sentido, la norma jurídica contiene los elementos que integran la estructura de la propo-

⁹⁷ Ocasionalmente Kelsen habla de ley jurídica (*Rechtsgesetz*) como proposición jurídica, en oposición a ley causal.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 81.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 84.

¹⁰⁰ No sin riesgo de dar lugar a un equívoco, ya que la voz “ley” significa también norma general. El antecedente de tal vinculación normativa lo ve Kelsen en la “causalidad jurídica” de Zitelman. *Ibid.*, p. 83, nota.

¹⁰¹ Esta formulación del deber ser como variable se debe a Raz [I], p. 47. Aunque es fiel al texto de Kelsen, hace surgir problemas no previstos por la teoría, ya que, como se señaló anteriormente, al facultar a alguien a ejecutar los actos coactivos se le concede un poder jurídico y nunca un simple permiso. Un caso curioso sería la legítima defensa que está permitida y que puede interpretarse como acto coactivo. Esta interpretación es muy plausible dentro de la TPD, en la cual se postula que todo uso de la coacción es, o un delito o la ejecución de una sanción (Kelsen [XX], p. 43). El principio parece, por lo demás, discutible si se piensa en usos autorizados de la fuerza, por ejemplo en ciertos deportes. Otra consecuencia curiosa de esta interpretación que la TPD admitiría pero que tampoco convence, es la de que el autor de la legítima defensa fungiría en ese trance como órgano del Estado. Otro problema es que la posibilidad de que la sanción esté ordenada se elimina si se piensa que esto sólo es posible si existe *otra* norma que establece una sanción coactiva dirigida al órgano que no cumpla con la *primera* norma. En esta, pues, la sanción sólo puede estar autorizada, como lo ve el propio Raz (*op. cit. supra*, p. 85) quien habla de *permission* y argumenta contra la posibilidad de que esté ordenada. Todo esto repercute contra la afirmación de que “M” sería la conexión de toda proposición jurídica en Kelsen, ya que “M” tendría que restringir su ámbito a la modalidad de autorizar e incluir, quizás, permisión positiva. No se puede entrar aquí en estas cuestiones que constituyen obviamente defectos e imprecisiones del modelo kelseniano y no de su intérprete. Véase para la crítica del concepto de “órgano” en Kelsen, Ross [III] pp. 101 y ss.

sición jurídica, o sea que parece tratarse de estructuras muy similares ya que la proposición describe a la norma. Esto conduce a preguntas por el tipo de relación existente entre la norma y la proposición jurídica. A continuación se estudiará si los elementos vinculados en la proposición son o no iguales a los de la norma y en qué se distinguen.

Es verdad que lo que a este respecto puede encontrarse en los textos kelsenianos es muy escaso y da pie a interpretaciones diferentes. Para Kelsen las proposiciones jurídicas describen a las normas jurídicas de manera análoga a como las proposiciones de las ciencias naturales, leyes, describen a los fenómenos. La analogía, como es obvio, es limitada ya que el *status* ontológico de los fenómenos naturales, en tanto objetos físicos con existencia real, es diferente de la existencia ideal de las normas en tanto entidades abstractas.¹⁰² Además, las normas se crean por la intervención de actos de voluntad que no son necesarios en el caso de los fenómenos naturales. Otra diferencia notable es que el grado de precisión y exactitud alcanzado en las descripciones de las ciencias naturales no puede compararse con los modestos resultados de la dogmática jurídica que no requiere, en verdad, casi de ningún lenguaje técnico. Igualmente la conexión que se establece en los dos tipos de enunciados es distinta; en un caso, dice Kelsen, es a través del principio de causalidad y en el otro de la imputación. Sin embargo, salvo estas observaciones casi triviales, poco puede leerse directamente en Kelsen, por lo cual vale la pena un análisis más detallado.

En una nota de [XX] escribe su autor que las proposiciones:

- 1) N es vigente;
- 2) N es válida;
- 3) nos debemos comportar como lo prescribe N, y
- 4) N es obligatoria,

en las cuales N es una norma jurídica, son equivalentes en significado. En cambio:

- 5) N fue promulgada de hecho,

no significa lo mismo que las anteriores. Las primeras son la descripción o representación de una norma jurídica, pero (5) es una descripción del hecho cuyo sentido es N. Por esta razón las proposiciones (1), (2), (3) y (4) son proposiciones jurídicas y, en este sentido, "enunciados de deber ser", mientras que (5) no es un enunciado de deber ser, sino de ser. No obstante lo anterior, el "deber ser" de estas proposiciones jurídicas tiene, según Kelsen, un "carácter lógico diferente del 'deber ser' de las normas", pues no hay que olvidar que las proposiciones jurídicas, a diferencia de las normas, son descriptivas y no prescriptivas, teniendo, por lo tanto, valor de verdad.

¹⁰² Véase Raz [I], p. 46.

A reserva de volver sobre este curioso “deber ser descriptivo”, llama la atención el hecho de que se sostenga que las proposiciones (1)-(4) tengan el mismo significado y que sean, por lo tanto, una sola proposición jurídica expresada mediante oraciones diferentes. En efecto, si se acepta que una descripción más exacta de esta norma N fuese hecha mediante el esquema canónico kelseniano y se dijera, entonces,

6) si es A, debe ser B,

en donde (6) fuese la descripción de N, habría que aceptar que (6) era una proposición jurídica, por lo cual los enunciados que además de describir la norma, afirman, o que es vigente, o que es válida, o que debe obedecerse, en realidad nada aumentan en significado. Esta es la consecuencia del positivismo extremo de Kelsen que quiere prevenir toda connotación moral que pudiesen tener los términos “validez” y “obligatoriedad”. Para él la existencia, la vigencia, la obligatoriedad y la validez de una norma son la misma cosa.¹⁰³

Éstas no son sino algunas de las consecuencias, problemáticas las más, que se pueden sacar de las afirmaciones de la teoría pura. En esas condiciones conviene más recordar las interpretaciones que se han ofrecido tratando de precisar la relación entre normas y proposiciones jurídicas. Éstas pueden dividirse en dos grupos: a) las que sostienen que no sólo la terminología de Kelsen es incorrecta, sino que todo su tratamiento es confuso, y b) las que creen que si bien la terminología es infeliz, el enfoque es básicamente correcto si se introducen algunas nociones de lógica moderna.¹⁰⁴ Entre las primeras tiene especial importancia la de Alf Ross, de la que nos ocuparemos en su oportunidad. Otro crítico de la distinción kelseniana entre norma y proposición jurídica es Amselek, pero, como lo ha probado Kalinowski, sus reproches carecen de fundamento.¹⁰⁵ Entre los que se inclinan por la segunda interpretación, Hart cita a Golding,¹⁰⁶ quien afirma que la confusión es fácilmente superable.

El remedio propuesto por Golding es introducir la distinción entre *uso* y *mención*. En las normas jurídicas una oración es usada para regular la conducta de ciertos individuos, pero el jurista al hablar del derecho menciona tal oración.¹⁰⁷ Una solución semejante se encuentra también en Kalinowski¹⁰⁸ en una obra que, a diferencia de las anteriores, tomaba para

¹⁰³ Kelsen [XX], p. 82. En relación con este párrafo el comentario que hace Raz es engañoso porque se deja llevar por una mala traducción al francés, en la cual se vierte indebidamente “estar en vigor” (*in Kraft, in force*) en el original y “ser válida” (*in Geltung stehen*) como *être en vigueur*, en ambos casos. Raz [I], p. 48.

¹⁰⁴ En lo fundamental esta clasificación y lo que sigue se apoya en Hart [II], pp. 713 y ss.

¹⁰⁵ Véase Kalinowski, pp. 91 y ss.

¹⁰⁶ Golding, p. 78.

¹⁰⁷ *Ibid.* La distinción entre *uso* y *mención* de un término es bien conocida y puede encontrarse en cualquier texto de introducción a la lógica y a la filosofía del lenguaje, por ejemplo, los de Quine, Mates, Suppes, etcétera.

¹⁰⁸ Kalinowski, pp. 88 y ss.

su análisis [XX] en la cual la confusión terminológica era menor.¹⁰⁹ Kalinowski, advirtiendo que la distinción kelseniana entre normas jurídicas y proposiciones jurídicas es “algo oscura y se presta a confusión...”, introduce la distinción entre lenguaje-objeto y meta-lenguaje. La palabra “debe” en la proposición jurídica es *parte del nombre* metalingüístico de la norma dada. El *Sollen* (debe) en tal proposición no es, como dice Kelsen, una cópula, sino un nombre metalingüístico de la norma en cuestión.¹¹⁰ El “deber” en una norma es una cópula propia de las normas (un operador o functor deóntico en la terminología de los lógicos actuales), pero el “deber” en la proposición jurídica es sólo una parte constitutiva de un nombre de la norma enunciado en un meta-lenguaje.¹¹¹

Aun cuando la especificación de la función descriptiva de la proposición jurídica es algo que se abordará en la parte relativa a la tarea de la ciencia jurídica, las tesis de Golding y Kalinowski tienen consecuencias en lo que se refiere a la estructura de la norma. En efecto, si se acepta que la relación entre norma y proposición, esto es, entre derecho y ciencia del derecho, es una relación entre lenguaje-objeto y meta-lenguaje, entonces no habría ninguna garantía de que la forma de los enunciados del lenguaje-objeto tenga que corresponder con la forma de los enunciados del meta-lenguaje.¹¹²

Aceptando entonces la interpretación anterior, la forma lógica de las normas y las proposiciones se convierte en una consideración que requiere una formulación más estricta de la sintaxis de ambas y que además no parece muy importante. Lo que es más interesante es la actitud de Kelsen frente a tal interpretación y las conclusiones que de ella obtuvo Hart. Éste narra que en su discusión con Kelsen le sugirió esta interpretación para defenderse de los ataques de Ross. Kelsen, sin embargo, la rechazó limitándose a insistir que era una distinción entre “enunciados de deber ser en sentido descriptivo” y normas. Posteriormente Hart reflexionó sobre la cuestión y produjo argumentos convincentes en el sentido de que la interpre-

¹⁰⁹ Kelsen abandonó las expresiones de [XIII] “normas” o “reglas en sentido descriptivo”, adoptando la de proposición jurídica (*Rechtssatz*).

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 89.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 89, n. 11.

¹¹² Piénsese que, por ejemplo, el enunciado L “Si llueve, entonces se suspenderá el juego”, puede ser descrito por el enunciado M. “Las palabras ‘si’ seguida de ‘llueve’, seguida de ‘,’ seguida de ‘entonces’ seguida de ‘se’, seguida de ‘suspenderá’, seguida de ‘el’, seguida de ‘juego’, forman un enunciado”. L tiene la forma de un condicional, pero M no. La forma no tiene, pues, necesariamente que coincidir. Además, si aceptáramos que la proposición jurídica tiene forma hipotética, lo cual no correspondería por otra parte con los ejemplos (1), (2), (3) y (4), ello no querría decir que únicamente podría tener tal forma. Conforme a equivalencias lógicas elementales “ $p \rightarrow q = (p \& -q)$ ” o sea que “si A es, debe ser B” podría interpretarse como “ $A \rightarrow OB$ ” (si A, entonces obligatorio B), colocando el operador de obligación de modo que limite su alcance a B, y en esta interpretación (no la única posible) su equivalente “ $-(A \& -OB)$ ” dice exactamente lo mismo y no tiene forma condicional. La introducción de operadores y equivalencias lógicas tiene repercusiones en la tesis de la estructura de las proposiciones jurídicas y de las normas, en las que no podemos detenernos.

tación *uso y mención* no hace justicia a las relaciones entre la ciencia y el derecho, ya que el proceso de la primera se asemeja mucho más a una “reconstrucción racional” que a la idea de que las proposiciones jurídicas son perifrasis o enunciados de “segundo orden” acerca del derecho.¹¹³

Todo lo anterior no resuelve la cuestión de la estructura de las normas jurídicas, pero arroja alguna luz sobre la problemática circundante mencionada más arriba. En cuanto a la estructura de la norma es útil apuntar previamente un asunto relacionado con ella: el de las normas hipotéticas y categóricas.

Hay que recordar que Kant había dividido los juicios, de acuerdo a la relación, en hipotéticos (condicionales), categóricos y disyuntivos, y que esta división atendía a la forma de los mismos.¹¹⁴ Esta clasificación provenía de la lógica tradicional, en la cual las proposiciones “categóricas” o “incondicionadas” son las que no están compuestas por otras, en contraste con las que usan alguna conectiva (como ‘si... entonces’, ‘o’, ‘y’, etcétera).¹¹⁵ A su vez, el mismo Kant había distinguido dos tipos de imperativos: hipotéticos y categóricos. Los primeros ordenan una conducta *si* deseamos alcanzar cierto fin: la salud, la felicidad, etcétera. Los categóricos, en cambio, obligan a actuar de cierto modo, presentando tal conducta como necesaria incondicionalmente, esto es, ordenándola con independencia de cualquier fin deseado y de los resultados de dicha acción.¹¹⁶

Inspirado seguramente en tales clasificaciones, Kelsen dividió las normas jurídicas en condicionadas e incondicionadas. Las normas generales, dijo, tienen siempre la forma de enunciados hipotéticos. La sanción que estipulan está sujeta a ciertas condiciones. Las normas jurídicas individuales también pueden tener esta forma hipotética.¹¹⁷ Añadía más adelante que había, sin embargo, “normas jurídicas individuales que no tienen carácter hipotético”, dando como ejemplo una sentencia que condena a cierto individuo a dos años de cárcel. “Esta norma —finalizaba— es incondicional”.¹¹⁸

En [XX] mantuvo estas tesis, formulando además algunos argumentos en su favor. Parece haber, dice, normas sociales que prescriben un determinado comportamiento humano incondicionalmente, esto es, bajo todas las circunstancias y, en este sentido, son normas categóricas, en oposición

¹¹³ Véase Hart [II], pp. 714 y ss.

¹¹⁴ Véase Kant, *Lógica*, cap. II.

¹¹⁵ Véase A. Prior, *Encyclopedia of Philosophy*, tomo IV, p. 549 y tomo V, p. 36.

¹¹⁶ Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, cap. II, pp. 414 y ss.

¹¹⁷ Kelsen [XXII], p. 38.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 39. En relación con este párrafo se suscitó un malentendido, no el único, del profesor Stone, a quien Kelsen contestó señalándole que no afirmaba que las normas fuesen juicios, como decía Stone, sino que tenían forma o carácter hipotético, usando el término “hipotético” en el sentido de Kant al distinguir los imperativos. El malentendido puede suscitarse, con mayor razón, con la versión castellana de este libro, en la que en ocasiones se traduce *rule of law* como norma, leyéndose así, por ejemplo, que “...una norma jurídica es un juicio hipotético...” en vez de la expresión correcta “...una proposición jurídica es un juicio hipotético”. Véase con relación a Stone, Kelsen [XXXI], pp. 58-60 y con relación a la traducción al español la p. 390 de la misma.

a las hipotéticas, como por ejemplo: "no debes matar". Sin embargo, si fuesen realmente categóricas no podría aplicárseles el principio de la imputación; por eso, aun las normas que prescriben simplemente una omisión no pueden ser categóricas. Se dice que ni siquiera éstas, ya que es evidente que una acción positiva no puede prescribirse incondicionalmente, puesto que sólo es posible en determinadas circunstancias. No obstante, sigue argumentando Kelsen, tampoco una omisión puede normarse incondicionalmente; de otro modo, tales normas podrían observarse o violarse incondicionalmente. Aun las omisiones, continúa, son posibles solamente bajo determinadas condiciones. Si se cumplieran en cualquier condición, el deber de no matar se cumpliría, por ejemplo, en el sueño y éste sería el estado moral ideal. La condición bajo la cual se norma la omisión de una determinada acción es el conjunto de circunstancias en las cuales la acción es posible. Además, concluye, en ninguna sociedad conocida hay prescripciones, ni de acciones ni de omisiones, que no admitan una excepción. Como consecuencia del anterior argumento Kelsen pretende mantener que toda norma general produce una relación entre dos hechos, la cual puede describirse con la proposición de que bajo determinadas condiciones una determinada consecuencia debe suceder. De este modo cree salvar Kelsen la tesis de que toda norma jurídica general puede ser descrita por una proposición jurídica. Empero, admite nuevamente que las normas individuales pueden ser categóricas en el sentido de que prescriban, faculden o permitan positivamente un determinado comportamiento de un cierto individuo, sin vincularlo a una determinada condición. Esto último no significa, por supuesto, que no pueden existir normas individuales hipotéticas.¹¹⁹

Una dificultad incidental sale al paso. Se aceptaba que todas las normas jurídicas del sistema eran, o podían ser, descritas por proposiciones jurídicas de estructura hipotética. Ahora bien, conforme a lo anterior, además de que nada garantiza el isomorfismo norma-proposición, esto parecería valer con respecto a todas y cada una de las normas jurídicas generales, pero dada la tesis kelseniana de que puede haber normas jurídicas de carácter individual, estas últimas, en el caso de ser categóricas no podrían ser descritas por una proposición jurídica hipotética y, en consecuencia, no les sería aplicable la categoría o principio de la imputación. A este respecto se encuentra una idea muy interesante en Kelsen cuando indica que la ciencia jurídica describe las normas jurídicas individuales "de manera análoga a como la ciencia natural describe un experimento correcto con referencia a una ley natural que se manifiesta en el experimento".¹²⁰ Con esto se asegura de que la descripción de toda norma jurídica aparezca como proposición hipotética de la forma "si A es, debe ser B", ya que toda

¹¹⁹ Kelsen [XX], pp. 106 y ss.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 85. Nos apartamos aquí de la traducción literal del original alemán que dice "se manifiesta en la ley", ya que es un "sin sentido" y parece más bien un error de imprenta. Véase las traducciones al inglés, francés e italiano que concuerdan con la nuestra.

forma particular alude siempre a una general como supuesta, análogamente a como toda descripción de un fenómeno natural que pretenda formar parte de la ciencia natural aludiría a una ley o hipótesis general de estructura condicionada.¹²¹

Aunque los razonamientos expuestos arriba ameritan ser considerados cuidadosamente, lo cual se hará al contrastarlos con los de Ross (cap. V-2.2), puede concluirse al menos que Kelsen acepta que las normas tienen una estructura, aun cuando curiosamente no son enunciados, ni juicios, ni oraciones, sino “sustratos de sentido” de actos de voluntad. Una manera de evadir esta dificultad es afirmar que la forma corresponde a las expresiones lingüísticas de tales normas, dejando de lado la cuestión ontológica (si son entidades mentales, ideales o conductas).

A partir de la obra de Von Wright,¹²² se considera que el análisis de las normas prescriptivas, ejemplificadas por las leyes del Estado, puede distinguirse en ellas componentes o partes, algunos de los cuales formarían el *norm-kernel*, o sea, la “estructura lógica” común a las prescripciones y a todos los tipos de normas. Utilizando estas ideas, Raz ha intentado un análisis de la estructura de las normas jurídicas en varios teóricos, en particular Bentham y Kelsen. Sostiene que de las afirmaciones de este último puede inferirse cuáles son los elementos y la estructura de la norma jurídica. Aunque no define específicamente lo que entiende por estructura, da a entender que son los elementos de la norma y el orden en que se encuentran dispuestos. Como elementos señala Raz, inspirado por Von Wright, el carácter deóntico de la norma, que en el caso de Kelsen es la modalidad normativa “deber ser”; la condición de realización, que sería aquella parte de la norma que determina la ocasión en que el agente ha de actuar como está especificado; el agente o sujeto destinatario de la norma y, por último, el acto o conducta del sujeto que estipula la norma.¹²³

En vista de que esta es una interpretación hecha a partir del texto de [XIII], conviene recordar la última exposición acabada de la teoría para calificar su corrección. En la última edición de *La teoría pura del derecho* se nos dice que toda norma incluye un acto humano de voluntad dirigido a la conducta de otro. Que tales actos ordenan o permiten o confieren poderes. Además, toda norma estatuye como “debiendo ser” a un comportamiento que es su contenido. Se habla también de un destinatario al cual la norma obliga.¹²⁴ Más adelante se especifica que el comportamiento regulado por la norma jurídica es siempre humano y que en él se distingue “un elemento personal y un elemento material”, esto es, el ser humano que

¹²¹ Alchourrón y Bulygin han desarrollado la idea de la “marcada analogía que existe entre la estructura lógica de la justificación normativa y la de la explicación causal”. En un caso se explica un hecho de acuerdo a ciertas leyes y en el otro se justifica el *status* normativo de una acción de acuerdo a un sistema normativo. Véase Alchourrón y Bulygin [I], pp. 168 y ss. Véase también esta idea en Perelman [II], pp. 58 y 59.

¹²² Von Wright [I], cap. V.

¹²³ Véase Raz [I], pp. 50 y ss.

¹²⁴ Kelsen [XX], pp. 5 y ss.

debe actuar y la manera como debe hacerlo. Estos últimos dos elementos están unidos inseparablemente.¹²⁵

De lo anterior se desprende que sin duda el carácter deóntico, el sujeto o destinatario y el acto caracterizado deónticamente son elementos esenciales de la norma.¹²⁶ Kelsen habla, además, del acto de voluntad creador de la norma, indicando que puede ser individual, como en el caso de la autoridad, o un acto de "voluntad colectiva", como en el caso de las normas consuetudinarias.¹²⁷ Esto último sugeriría la posibilidad de incluir el elemento autoridad o creador de la norma como esencial; no obstante, no parece conveniente, entre otras razones, por el énfasis que se ha puesto en la tesis de que la validez y existencia de una norma puede continuar aun cuando el acto de voluntad cuyo sentido fue la norma, es decir, el acto que la creó, haya cesado de existir.¹²⁸ En otras palabras, es cierto que toda norma jurídica proviene de un acto humano de voluntad y que éste es condición necesaria para su existencia; pero una vez que la norma existe, la existencia de dicho acto deja de ser necesaria. En cuanto a la condición, como cuarto elemento, se ha dejado ya constancia de la doctrina del jurista vienés en el sentido de que toda norma general es condicionada y sólo algunas normas individualizadas tienen el carácter de incondicionadas. Sin embargo, dado que dentro de la estructura del orden jurídico las normas particulares derivan y dependen de las normas generales (las únicas completas, como se verá), en principio la interpretación de Raz relativa a la estructura de las normas jurídicas en Kelsen es correcta.¹²⁹

La caracterización de la norma jurídica no sería completa si se omitiera el planteamiento y la evolución de una cuestión que afecta, en alguna medida, a las restantes analizadas y que puede denominarse: norma primaria y norma secundaria.

En [VII] aborda Kelsen una cuestión, aparentemente incidental, pero que tendría gran trascendencia. Al detallar el conjunto de condiciones del acto coactivo, decía que podía dividirse mediante la "hipótesis auxiliar" de que la conducta que fundamenta la aplicación del acto coactivo debe ser evitada. En efecto, apoyándose en un ejemplo, sostiene que una norma jurídica típica estipula que: si alguien ha celebrado un contrato y no cumple con lo pactado, puede dirigirse un acto de ejecución en su contra a instancia de la otra parte. Ahora bien, de acuerdo con lo dicho antes, el incumplimiento sería la conducta que fundamentaría el acto coactivo y, por ende, puede incluirse en el supuesto de la norma la "hipótesis auxiliar" de que se deben cumplir las cláusulas del contrato. Esta sería evidentemente una norma y

¹²⁵ *Ibid.*, pp. 13 y ss.

¹²⁶ Queda la duda de cómo es posible que una norma jurídica para Kelsen pueda tener una función distinta de la de obligar; algo se verá más adelante.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 9.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 10. La cuestión de la validez se tratará en la sección relativa al "sistema normativo".

¹²⁹ Esto no significa que no pueda haber otras interpretaciones correctas, por ejemplo, analizando la norma en términos de sus ámbitos de validez. Véase Vernengo, *op. cit.*, p. 214 y en el mismo sentido Oñate, *op. cit.*, pp. 73 y ss.

Kelsen la llama “norma secundaria”, definiéndola como aquella que tiene por contenido la conducta que evita la sanción. La “norma primaria”, en cambio, es la que establece la condición de la sanción. En su opinión la norma secundaria es una norma jurídica pero “no autónoma” o “dependiente” (*unselbständig*). Es sólo una hipótesis que tiene como propósito presentar con más claridad al hecho condicionante, aunque, en el fondo, “es realmente superflua”.¹³⁰

En [XIII] repitió esas ideas apuntando que se podía suponer que la norma jurídica se divide en dos normas separadas: 1) un individuo “debe” observar cierta conducta, y 2) otro individuo “debe” ejecutar una sanción en caso de que se viole la primera norma. Sin embargo, como la primera norma “es superflua en la exposición exacta del derecho...” y “...está contenida en la segunda que es la única norma genuina”, entonces la primera depende de la segunda, que estipula la sanción. Tal dependencia se expresa llamando a la segunda “norma primaria” y “norma secundaria” a la primera.¹³¹

Debido a las innovaciones introducidas en la versión final de la teoría pura, no es difícil ver que se requirieron modificaciones a la tesis anterior. Tomando un ejemplo simplificado se diría que: A) “si x celebra un contrato de mutuo, debe pagar en la forma y términos pactados”, y B) “si x no paga en la forma y términos pactados, debe ser ejecutado civilmente” describen lo que se llamó una norma secundaria y una norma primaria respectivamente. Sabemos, además, que (B) describe una norma dirigida al órgano jurisdiccional, confiriéndole poder para aplicar un acto coactivo, ya que decir que “debe ser la sanción” no equivale a decir que está ordenada, como se insinuaba antes. El comportamiento ordenado, dice ahora Kelsen, no es el comportamiento que “debe ser”, puesto que ya no confunde “deber” y “deber ser” (*Pflicht* y *Sollen*). Lo que “debe ser” es la consecuencia del comportamiento contrario al ordenado: la sanción. Que una conducta está ordenada significa que la conducta contraria es condición del “deber ser” de una sanción. A su vez, el “deber ser” de la sanción no significa que esté ordenada, sino que se tiene el poder jurídico de ejecutarla. Para que estuviese ordenada se requeriría otra norma distinta de las descritas por (A) y (B) que previene una sanción para la no ejecución del acto coactivo descrito en (B).¹³²

Kelsen no habla ya de norma primaria y secundaria, sino que reformula una vieja noción para dar cabida a este y otros casos más complejos: la noción de norma dependiente.¹³³ El primer caso corresponde, más o menos, a la antigua clasificación, siendo descrito en los siguientes términos: si una norma ordena una determinada conducta y una segunda “estatuye” una sanción para el caso del incumplimiento de la primera, ambas “están esencialmente vinculadas”. La primera no es independiente (o autónoma), aun-

¹³⁰ Kelsen [VII], pp. 51 y ss.

¹³¹ Kelsen [XIII], pp. 60 y ss.

¹³² Kelsen [XX], p. 26.

¹³³ *Ibid.*, pp. 55 y ss.

que parezca prescribir una conducta, ya que en realidad sólo determina negativamente la condición a la que la segunda vincula la sanción; y no lo es porque como la segunda determina positivamente la condición de la sanción, la primera es "superflua desde el punto de vista de la técnica legislativa".

El segundo caso comprende las normas que confieren poderes para crear normas jurídicas, caso típico el de las normas constitucionales que regulan los procedimientos legislativos. Estas normas no estatuyen sanciones, pero según Kelsen determinan una de las condiciones bajo las cuales han de ordenarse y ejecutarse los actos coactivos estatuidos por otras normas.¹³⁴

El tercer caso lo integran las normas que permiten positivamente un comportamiento, las cuales limitan el ámbito de validez de la norma que prohíbe tal conducta. De ellas dice Kelsen que sólo en contacto con las normas prohibitivas "tiene sentido" y que ambas forman una unidad.¹³⁵

El cuarto caso incluye las normas que precisan el sentido de otras, por ejemplo, al definir o interpretar los conceptos que aparecen en ellas.¹³⁶ Por último, un caso ya mencionado anteriormente abarca las llamadas normas derogatorias.

Todas estas normas, a las que llama también incompletas, tienen en común una característica negativa, la de no estatuir un acto coactivo. Como característica positiva tendrían la de estar "en conexión esencial" con normas sancionadoras, ya que "sólo son normas jurídicas en conexión con las normas que estatuyen actos coactivos".¹³⁷

No se oculta la motivación de esta ampliación de la teoría pura: está destinada a mantener la definición del derecho como un orden coactivo de la conducta humana. Entendiendo que la definición afirma que todas las normas jurídicas tienen la propiedad de estatuir una sanción coactiva, el número de contraejemplos era tan elevado que la haría poco útil. En esas circunstancias la línea de defensa consistió en sostener: 1) que el carácter coactivo del orden jurídico no implicaba que todas y cada una de sus normas lo fuesen, y 2) que, sin embargo, las normas que no estatuyen sanciones están en conexión esencial con aquellas que sí, puesto que "determinan una de las condiciones bajo las cuales han de ordenarse y ejecutarse los actos coactivos estatuidos por otras normas".¹³⁸

El análisis del concepto de norma en Kelsen no sería completo sin una mención de dos tipos de normas, claves para la comprensión del orden jurídico. Casi desde sus inicios la teoría pura ha insistido en la distinción entre normas generales y normas individuales o particulares. En [I] se hablaba ya de las normas generales y abstractas, distinguiéndolas de los actos jurídicos concretos de ejecución. De este modo la actividad del Estado aparecía

¹³⁴ *Ibid.*, pp. 52 y 244.

¹³⁵ *Ibid.*, p. 56.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 58.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 244.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 52. Este enfoque "definicional" se asemeja al usado por los jusnaturalistas para argumentar que "el derecho es moral". Véase su crítica en Raz [VII], pp. 162 y ss.

como “actualización del orden jurídico”, como actos de ejecución determinados en las normas generales y abstractas. Para explicar la relación entre ambos se desechaba la posibilidad de una “deducción lógico-formal”, ya que en todos los casos de ejecución existe, en buena medida, una libertad discrecional del órgano. Se le comparó entonces análogamente con la relación entre concepto abstracto y representación concreta. El objeto representado tiene un mayor número de propiedades que las especificadas por el concepto; sin embargo, para caer bajo el concepto ha de tener las que son esenciales a éste.¹³⁹

Posteriormente Kelsen desarrolló la tesis en el sentido de que tales actos individuales eran concebidos como derecho y, por tanto, tenían el carácter de normas jurídicas individuales. Esta tesis, es sabido, se conecta con la concepción dinámica del derecho y con la identificación Estado-derecho.¹⁴⁰ La teoría pura incluyó desde entonces a las sentencias, resoluciones administrativas, contratos, etcétera, como normas jurídicas. Se sostuvo que el proceso de autocreación jurídica se iniciaba con la constitución, continuaba con la legislación y la costumbre y conducía a las decisiones judiciales y a la ejecución de la sanción. Este proceso iba “de lo general y abstracto a lo individual y concreto. Es un proceso de individualización y concretización creciente y constante”. Las normas generales y abstractas deberán de ser individualizadas y concretizadas si han “de tener contacto con la vida social y ser aplicadas a la realidad”.¹⁴¹

La relación a que se aludía en [I] se planteaba ahora entre las normas generales y las normas individuales o, mejor dicho, entre normas que regulaban la creación de otras dentro de este proceso de concretización. ¿Qué relación había entre la constitución y una ley?, ¿entre una ley y una sentencia?

A lo largo de la obra kelseniana hay varios párrafos que esbozan una respuesta. En un artículo de 1927 al comentar la relación del acto de individualización y concretización con el hecho condicionante, declara Kelsen que es más que la “mera función lógica de subsunción (*subsumption*) de lo individual en lo general”; la así llamada “subsunción” del hecho bajo la norma general es un acto de creación.¹⁴² Pocos años después, al comentar acerca de la relación entre las leyes y la Constitución escribía que un acto creador de una ley es un hecho (*Tatbestand*) regulado por la constitución, por lo cual puede ser subsumido bajo la Constitución, “como cualquier hecho bajo cualquier norma”. Un hecho puede subsumirse bajo una norma sólo en tanto la norma regula al hecho, esto es, lo estatuye como condición o consecuencia.¹⁴³ Finalmente, en uno de sus últimos ensayos habla nuevamente de esta relación, ahora entre la norma general y la norma individual y acepta que hay una “relación lógica” a la que llama

¹³⁹ Kelsen [I], pp. 505 y ss.

¹⁴⁰ *Ibid.*, pp. xiii y ss.

¹⁴¹ Kelsen [XIII], p. 135 y [XX], pp. 236, 242 y ss.

¹⁴² Kelsen [VIII], pp. 261 y 267.

¹⁴³ Kelsen [XI], p. 1887.

subsunción, diciendo que lógicamente es del mismo tipo que la que existe entre una representación concreta y un concepto abstracto. No obstante esto, la validez de la norma individual no se sigue lógicamente de la validez de la norma general, ya que la constatación del juez "no es sólo una subsunción lógica, sino que tiene un carácter jurídico constitutivo".¹⁴⁴ Se advierte en lo anterior el deseo de conceder, no siempre de muy buen grado, que hay una relación lógica, pero subrayando en todo momento que ella no agota ni explica la relación en cuestión, dado el elemento creativo presente en toda concretización de una norma más general.¹⁴⁵

En Kelsen parecía haber, por un lado, una identificación de generalidad y abstracción, paralela a la de la individualización y concretización, cuyas consecuencias se harán visibles al confrontarlo con Ross. Por otro lado, no era muy explícito en la definición de lo que entendía por norma general y por norma individual. La sentencia, escribió, es una norma individual, con validez limitada a un caso concreto; la ley, en cambio, es una norma general. El criterio decisivo de distinción estaría en el número de casos a que era aplicable, ya que la norma general puede aplicarse "a muchos casos".¹⁴⁶

En una de las últimas publicaciones de Kelsen, que formaba parte de una obra más general, se encuentran precisiones específicas con respecto a la distinción en cuestión.¹⁴⁷ La norma individual es definida como aquella que especifica "un determinado comportamiento único e individual de un determinado hombre único e individual", por ejemplo: "el ladrón Rodríguez debe estar en prisión por un año", o la orden del padre al hijo: "cierra la ventana". La norma tiene, en cambio, carácter general, cuando alude a un "determinado comportamiento general de una determinada clase calificada de hombres", por ejemplo: "los ladrones deben ser castigados con prisión por los jueces competentes". Sin embargo, resalta Kelsen que el criterio no radica en el número de individuos a que se dirige la norma sino en el tipo de comportamiento. Así, si se establece que lo debido por un hombre determinado "no es un determinado comportamiento único e individual, sino un comportamiento general", la norma tiene carácter general, por ejemplo: "Pablo, debes ir los domingos al templo" o "Pablo, no debes mentir". Dado el caso en que se ordene a un grupo de individuos determinados una acción u omisión única e individual, se tendrán tantas nor-

¹⁴⁴ Kelsen [XXVI], pp. 1492 y ss.

¹⁴⁵ Desgraciadamente la relación de "subsunción" no es caracterizada en ninguna parte. Considerando los ejemplos, parece la relación entre un objeto mental concreto —representación— y una entidad abstracta —concepto—, pero también entre el objeto físico y el concepto, eliminando el fenómeno psíquico. Esto último parece corresponder a la distinción tradicional entre un universal y un individuo, la cual en algunas concepciones recientes es vista como una relación de pertenencia entre los miembros de un conjunto y éste último. En la lógica tradicional, usada por Kelsen, se usaba el término "subsunción" tanto para la relación de inclusión de un subconjunto en un conjunto, como para la relación de pertenencia de un miembro a una clase. Véase García Máynez [II], p. 136

¹⁴⁶ Kelsen [XX], pp. 20 y 313.

¹⁴⁷ Kelsen [XXIX], pp. 1464 y ss.

mas como sujetos a quienes se dirige, por ejemplo la orden de un padre a sus tres hijos de que feliciten a su maestro al cumplir 50 años es analizada por Kelsen como tres normas individuales. La diferencia decisiva estará en si el comportamiento regulado por la norma es “una cantidad previamente indeterminada de acciones u omisiones”; en caso contrario será una norma individual o tantas como sujetos determinados sean los destinatarios. Kelsen cree, además, que si la norma se dirige a una categoría de hombres, esto implica que el comportamiento regulado es previamente indeterminado y se trata, por lo tanto, de una norma general.

Consciente Kelsen de que se ha apartado del uso del lenguaje y de la teoría tradicional al llamar norma a lo que se considera mandato, u orden, concreto, ya que la idea de norma sugeriría la generalidad o abstracción, combate tal consideración sosteniendo que tales mandatos son también normas. La creencia de que es esencial a la norma el ser general, proviene del uso lingüístico en que “regla” se usa también para designar regularidades fácticas. Para él, la naturaleza de la norma jurídica no depende de su carácter general o individual.¹⁴⁸ Vale la pena mencionar que no es una idea que sea revolucionaria ya que Aristóteles había sugerido que los contratos tenían el mismo carácter de la ley.¹⁴⁹

5. *El sistema jurídico según Kelsen*

Ningún análisis de la concepción kelseniana de las normas en general y de las normas jurídicas en particular, estaría completo sin la consideración de su teoría acerca de los sistemas normativos y, en especial, del sistema jurídico. En efecto, el objeto de la teoría general es el derecho y éste está constituido por normas, pero como bien ha escrito Raz: “Kelsen fue el primero en insistir que ‘es imposible comprender la naturaleza del derecho si limitamos nuestra atención a una regla única aislada’ ”.¹⁵⁰

Haciendo un poco de historia acerca de la idea de sistema jurídico en [XX], conviene recordar que en [I] se reconocían exclusivamente las normas generales y a los actos individuales y concretos del Estado como integrantes del derecho. Una modificación significativa consistió en calificar a tales actos como creadores de normas, con lo cual el concepto de orden jurídico pasó a comprender también normas jurídicas individuales.¹⁵¹ Este paso se dio, nos dice Kelsen, al reconocer plenamente la identidad Estado-derecho.¹⁵² La consecuencia de esta tesis fue que la unidad del sistema jurídico no podía ya ser estática. Dado que el contenido de las normas indi-

¹⁴⁸ *Ibid.*

¹⁴⁹ García Máynez [I], p. 97.

¹⁵⁰ Raz [I], p. 2.

¹⁵¹ En lo sucesivo se usarán indistintamente “sistema” y “orden” jurídicos, pues Kelsen no distingue ambas expresiones. Véase respecto a estas nociones Alchourrón y Bulygin [I], en especial p. 89, n. 1, y Alchourrón y Bulygin [II].

¹⁵² Kelsen [I], pp. xiii y ss.

viduales va más allá de la norma general, el punto de vista unitario tiene que ser dinámico, es decir, la unidad es "la unidad de una regla de creación", misma que es caracterizada en la teoría como la "norma básica", "regla de creación suprema que fundamenta la unidad de todo el sistema".¹⁵³ Esta visión se complementa con el reconocimiento y presentación del orden jurídico como sistema generador de normas escalonadas jerárquicamente en su concretización a partir de la constitución y por escalones intermedios (leyes, reglamentos, decretos, contratos, sentencias, etcétera) hasta los actos jurídicos individuales de ejecución. La teoría de la gradación o de la estructura jerárquica (*Stufenbautheorie*), debida a Merkl, terminó así como la oposición absoluta que existía en [I], relativizando los conceptos de ley y ejecución, creación y aplicación del derecho, normas generales e individuales, abstractas y concretas.¹⁵⁴

Este bosquejo histórico de cómo y por qué surgió la concepción de sistema jurídico que conservó la teoría pura, puede ser ampliado si se señalan las concepciones dominantes en aquel entonces. Por un lado, un grupo de teorías tradicionales, ejemplificadas por Austin y más tarde por Duguit, conferían una posición privilegiada a la ley o norma general, identificando el sistema jurídico con el conjunto de normas generales. Por otro lado, un grupo de teorías opuestas daban un papel exclusivo o casi exclusivo al derecho de los tribunales, reduciendo en ocasiones las normas generales a meras "fuentes del derecho". Para estos doctrinarios —Kantorowicz, Geny Gray, Frank, etcétera, era natural que la idea misma de sistema jurídico fuese rechazable.¹⁵⁵ En contraste con ellas la [XX] buscó abarcar los diferentes fenómenos —constitución, leyes, reglamentos, sentencias, etcétera— en un sistema unitario. Era claro, además, que las teorías disputantes reflejaban sistemas jurídicos diferentes (continental-europeo y anglo-americano respectivamente), mientras que la [XX] pretendía ser una visión general, pluralista y antiideológica.¹⁵⁶

Esbozados así el contexto y las motivaciones que contribuyen a explicar una parte de la [XX], se procederá a desarrollar esta doctrina. Indudablemente que el punto de partida filosófico de Kelsen radicaba en el idealismo crítico de Kant y en lo que respecta a la noción de sistema no se trata de una excepción. En la *Crítica de la razón pura* distingue Kant al sistema de un mero agregado de elementos, indicando que el sistema implica unidad, principio por el cual quedan determinados tanto el ámbito de la multiplicidad de elementos, como la posición que guardan entre sí.¹⁵⁷ Sin embargo, lo característico en Kant es que la unidad sistemática es para él una unidad de conocimiento, es precisamente la unidad que lleva los conocimientos vulgares al rango de la ciencia. A su vez, la unidad sistemática requiere como fundamento de una idea *a priori*.¹⁵⁸

¹⁵³ *Ibid.*, p. xiv.

¹⁵⁴ *Ibid.*, pp. xv y ss.

¹⁵⁵ Véase Ebenstein, p. 155 y Alchourrón y Bulygin [I], pp. 50 y ss.

¹⁵⁶ Ebenstein, *op. cit.*, p. 157.

¹⁵⁷ Kant [II], B 860.

¹⁵⁸ *Ibid.*, B 860 y 862.

Fiel a la tesis kantiana, Kelsen acepta que no puede haber un sistema de objeto de conocimiento, en este caso normas, si no hay una ciencia jurídica. Por lo tanto, el sistema normativo presupone epistemológicamente a la ciencia como un sistema de conocimientos. La unidad del derecho es idéntica al postulado de la unidad de la ciencia jurídica. El material de la ciencia jurídica, anota Kelsen, se transforma en un sistema unitario y libre de contradicciones mediante el conocimiento de la ciencia jurídica.¹⁵⁹ De manera aun más expresa suscribe el postulado kantiano de que “en todo conocimiento hay una tendencia inmanente a la unidad del objeto conocido”.¹⁶⁰ El criterio positivo de la unidad es un punto de vista que unifique al conocimiento normativo, un principio que condicione toda la experiencia jurídica: la norma básica. Todo lo cognoscible a través de ella es derecho. El criterio negativo de la unidad es la ausencia de contradicción. El conocimiento jurídico, como todo conocimiento, comprende a su objeto como un todo pleno de sentido, esto es, carente de contradicciones, y busca describirlo en proposiciones que no se contradigan.¹⁶¹ Las consecuencias de esta doctrina de la unidad del derecho pueden formularse, siguiendo a Hart, en dos tesis: 1) toda norma válida pertenece a un sistema único, es decir, sólo hay un sistema de normas válidas, y 2) las normas válidas no pueden estar en conflicto.¹⁶²

Hasta aquí el sistema normativo aparece como un conjunto unitario de normas sin conflicto, pero Kelsen introduce después la noción de “orden jurídico” de la siguiente manera: “Un ‘orden’ es un sistema de normas cuya unidad se constituye en virtud de que todas tienen el mismo fundamento de validez”.¹⁶³ El orden jurídico supone entonces un fundamento de validez común: la norma básica. En este punto Kelsen separa dos métodos “de derivación” conforme a los cuales puede construirse un sistema, procediendo a especificarlos denominándolos “principio estático” al uno y “principio dinámico” al otro.¹⁶⁴

Conforme al primero, la validez de las normas de un sistema de este tipo se deriva del contenido de una norma básica (NB) que lo fundamenta; en otras palabras, las normas de un sistema estático se pueden “deducir mediante una operación lógica” a partir del contenido de la NB.¹⁶⁵ De acuerdo con el segundo principio, la NB presupuesta confiere sólo facultades

¹⁵⁹ Kelsen [XX], p. 74.

¹⁶⁰ Kelsen [XIII], p. 410 y Klecatsky *et al.*, vol. I, p. 232.

¹⁶¹ Kelsen [XX], pp. 209 y ss. y 329; [IX], p. 341.

¹⁶² Hart [IV], p. 171. En una nota Hart dice que (1) le recuerda la tesis kantiana de que “sólo hay un espacio”. La influencia kantiana había sido notada desde mucho antes. Véase Ebenstein, cap. IV. Respecto a (1) conviene destacar que la unidad implica la exclusividad, tan importante en el planteamiento de las relaciones entre derecho nacional e internacional y entre derecho y moral. Véase Kelsen [XIII], p. 410.

¹⁶³ Kelsen [XX], p. 32.

¹⁶⁴ Kelsen [XIII], p. 399.

¹⁶⁵ Kelsen [XX], p. 198. Kelsen habla de la deducción como una conclusión de lo general a lo particular o, en otras partes, de subsunción. En ambos casos la terminología exigiría más precisión conforme a las pautas de la lógica moderna.

para constituir una autoridad, es decir, es una “regla que determina cómo deben crearse las normas generales e individuales del orden que se apoya en ella”. La derivación no es aquí una deducción y la NB no proporciona el contenido de las normas restantes, sino que únicamente fundamenta a aquellas que observan una determinada forma de creación, por lo que tal derivación es denominada más bien “delegación”.¹⁶⁶

En opinión de Kelsen “el sistema normativo, representado como orden jurídico, tiene esencialmente un carácter dinámico”. Una norma jurídica no es válida por su contenido, sino por su forma de creación.¹⁶⁷ En consecuencia, el orden jurídico no es un sistema de normas jurídicas coordinadas y yuxtapuestas, sino una gradación con diversos niveles. Su unidad se establece mediante la conexión de creación, cadena de validez, que desemboca en la NB (norma básica) que proporciona la unidad.¹⁶⁸ El orden jurídico es, entonces, un sistema de normas generales e individuales conectadas entre sí de manera que la creación de cada norma perteneciente al sistema está determinado por otra norma perteneciente al sistema y, en última instancia, por la NB, la cual al constituir el fundamento de validez de toda norma perteneciente a un orden jurídico, constituye también la unidad de dicha pluralidad de normas.¹⁶⁹

En aparente correspondencia con los dos principios existen tanto una teoría estática como una teoría dinámica del derecho en el seno de la teoría pura. En la primera la atención se centra sobre el elemento norma y sobre la conducta contenida por la misma, teniendo como objeto el derecho en tanto sistema de normas que son válidas. El derecho es visto, por así decirlo, en reposo. En la segunda el análisis recae sobre el proceso jurídico mediante el cual se crea y aplica el derecho, contemplándose a éste como un sistema que regula su propia creación.¹⁷⁰ Empero la correspondencia es más bien aparente, ya que no se trata de concebir en un caso al derecho como sistema estático, es decir, conforme al principio estático, y en el otro de captarlo conforme al principio dinámico. El derecho es en todos los casos un sistema esencialmente dinámico y la división de su estudio parece corresponder más bien a la elucidación de los conceptos jurídicos fundamen-

¹⁶⁶ *Ibid.*, pp. 198 y ss.

¹⁶⁷ *Ibid.*, pp. 200 y ss. Al decir “esencialmente” Kelsen no excluye la presencia del principio estático, es decir, no negaría que de una norma jurídica válida pueden derivarse lógicamente otras normas (o quizá diría que es la misma norma) que pertenecerían al mismo sistema, aun cuando no se mencionasen expresamente. Por ejemplo, si “todos los ciudadanos mayores de dieciocho años tienen la obligación de votar” es una norma válida, también lo es “todos los ciudadanos de treinta años de edad tienen la obligación de votar”. Incluso Kelsen señala que la moral cristiana combina también los dos principios, ya que la fundamentación misma de los diez mandamientos se deriva dinámicamente de la NB: “Se deben obedecer los mandatos de Dios”. Kelsen no considera, pues, que los dos tipos de sistema se excluyan, sino que consistirían más bien “tipos ideales” (Weber), concepto que por lo demás aparece con cierta preferencia en la TPD.

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 228.

¹⁶⁹ *Ibid.*, pp. 239 y 209.

¹⁷⁰ *Ibid.*, pp. 72 y ss., 283.

tales relacionados con el de norma y con la estructura y naturaleza de la misma, en el caso de la estática jurídica y al análisis de los conceptos y problemas de la estructura jerárquica en el caso de la dinámica.¹⁷¹

Es oportuno a esta altura detenerse en dos conceptos básicos para la comprensión de la estructura del sistema jurídico, los cuales serán además cuestionados por Ross: el de NB y el de validez. Comenzando por la noción de validez, su primera aparición en la teoría se remonta a [I]. Allí distingue su autor entre la validez de las leyes naturales, que radica en su verdad, esto es, en que se den las relaciones afirmadas por ellas, y la validez de las normas. Si las leyes naturales no valen por producir sus efectos (algo que claramente no hacen), parecería que en cambio las normas destinadas precisamente a este fin pudieran valer en tanto y sólo en tanto producen sus efectos (o son eficaces [*wirken*]). Sin embargo, según Kelsen, su validez no podrá consistir nunca en un ser, sino en un deber ser. Una norma vale en tanto debe ser obedecida y aun una norma ineficaz sigue siendo norma.¹⁷² Esta idea se aplica a las normas jurídicas, de las cuales dice expresamente el fundador de la Escuela de Viena: "Si una proposición jurídica (norma) existe formalmente, sin eficacia real, el jurista tiene que constatar su existencia formal, la única que para él tiene la norma".¹⁷³ Para el jurista, dice más adelante, todas las normas tienen la misma obligatoriedad, esto es, no hay normas más obligatorias que otras, ya que toda su obligatoriedad, su carácter normativo, proviene única y exclusivamente de la voluntad del Estado.¹⁷⁴

El germen de la teoría kelseniana de la validez jurídica está contenido en esas ideas: 1) la validez es una propiedad de las normas, a diferencia de la verdad como propiedad de los enunciados del ser; 2) la validez no puede confundirse con la eficacia, la primera corresponde al mundo del deber ser y la segunda al mundo del ser; 3) la validez equivale a la existencia formal, única que cae dentro del ámbito de la ciencia jurídica; 4) la validez implica obligatoriedades, y 5) la validez (y la obligatoriedad) se derivan de la voluntad del Estado, es decir, no tienen un fundamento trascendente tal como Dios o los valores, ni tampoco uno natural o fenoménico, ya que hay que recordar que la voluntad del Estado no era entendida como un fenómeno psicológico.¹⁷⁵

Con relación a (1), una innovación consistió en hablar además de la validez como una propiedad, no sólo de las normas jurídicas, sino del orden

¹⁷¹ La compatibilidad de ambos análisis no está exenta de dificultades ya que lo que se diga en una parte afectará a la otra. Así, por ejemplo, las determinaciones tomadas sobre la estructura de la norma jurídica influyen en la estructura del sistema jurídico, resultando de ello dos conceptos diferentes de norma. Véase sobre ello Walter [II] y Raz [I], pp. 50 y ss., y 100 y ss. El segundo construye una teoría diferente para resolver estos problemas, mientras que Walter intenta solucionarlos dentro de las líneas de la TPD.

¹⁷² Kelsen [I], pp. 13 y ss.

¹⁷³ *Ibid.*, p. 49.

¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 56.

¹⁷⁵ Respecto a este último punto, la introducción de la NB en lugar de la voluntad estatal intentó aclararlo y llevó la doctrina a su forma definitiva.

en su totalidad, con lo cual Kelsen pareció no advertir que no por ser ésta una propiedad de las normas, hay garantía de que podrá predicarse del orden jurídico como conjunto de normas sin incurrir en falacias graves, ya que lo que se predica de los elementos de un conjunto, no corresponde siempre al conjunto (así por ejemplo, el conjunto de los seres humanos no es él mismo un ser humano).¹⁷⁶ Esta falla dio pie a algunas críticas y ciertas distinciones por parte de Ross, las cuales se verán posteriormente (cap. IV-8). Al calificarla como una propiedad de las normas, Kelsen conseguía darle un grado de objetividad que la hacía independiente de los deseos y de la voluntad de los sujetos para quienes la norma pretende ser válida, entre otras razones porque son fenómenos empíricos extraños al campo del conocimiento normativo.¹⁷⁷ No aspiraba, empero, a una validez absoluta de tipo jusnaturalista, dado que siempre afirmó que la validez del derecho positivo era sólo hipotética y relativa.¹⁷⁸

Con respecto a (2), la relación entre validez y eficacia, confiesa Kelsen que "la correcta determinación de esta relación es uno de los más importantes y al mismo tiempo más difíciles problemas de una teoría positivista del derecho, siendo sólo un caso especial de la relación entre el deber ser de la norma jurídica y el ser de la realidad natural".¹⁷⁹ Entre las dos tesis extremas: la idealista que mantiene una completa independencia entre ambas y la realista (por ejemplo, Ross) que tiende a identificarlas, la teoría pura aspira a mantener una posición intermedia. La validez, tanto de una norma como del orden jurídico como un todo, está condicionada por la eficacia. Las condiciones para el orden jurídico son, por un lado, los actos mediante los cuales son creadas sus normas y, por otro, la eficacia general de dicho orden. Para la norma jurídica aislada son: el acto por el cual es creada, la eficacia de tal norma y el hecho de que el orden jurídico como un todo sea también, en general, eficaz.¹⁸⁰

En cuanto a (3), es recurrente la afirmación de que la expresión "validez" designa la existencia específica de una norma: ¿qué significa, pregunta Kelsen, decir que "hay (o existen) normas"? ¿cómo son objetos posibles de conocimiento y, por lo tanto, de juicios? Es obvio, responde, que no existen como los objetos perceptibles por los sentidos, dado que son entidades ideales. Por eso, para expresar la existencia de una norma decimos que vale, ya que su validez es una existencia específica, diferente de la existencia de un hecho.¹⁸¹ Claro está que el que no sean hechos no dice mucho con relación a su manera particular de existir, si se acepta que puede ha-

¹⁷⁶ Véase como ejemplo de este uso Kelsen [XXVIII], p. 941, en donde afirma que "la existencia específica de un orden jurídico es su validez".

¹⁷⁷ Klecatsky *et al.*, *ibid.*, vol. I, p. 157.

¹⁷⁸ Esto obedecía a las características de la NB que veremos después. Kelsen [XX], p. 47 y también [VIII], p. 256.

¹⁷⁹ Kelsen [XX], p. 215.

¹⁸⁰ En su réplica al profesor Stone explicita Kelsen las afirmaciones de [XX] en [XXXI], p. 63. Ciertamente con relación a la norma aislada ha habido cierta ambigüedad en la TPD.

¹⁸¹ Kelsen [XX], p. 9, [XIX], p. 1418 y [XXIII], pp. 2, 120 y ss.

ber muchas clases de entidades con una existencia diferente de la fáctica (proposiciones, números, ficciones).

Lo que sabemos es que las normas son un “contenido de sentido” (*Sinn-gehalt*), específicamente el sentido de un acto de voluntad. Así, aunque dependen de hechos físicos y naturales para existir, no son hechos naturales. Kelsen cita expresamente a Husserl al hablar de la existencia ideal (*ideel* y no *ideal*) de las normas, como distinta de las del ser real (*reales sein*), significando con ello que su existencia es de un tipo distinto de la de los objetos de que puede echarse mano.¹⁸² Kelsen distingue entonces dos modos de existencia, el ser, propio de los hechos naturales, y la validez, propia de las normas. Esto se conecta con la división categorial ser deber-ser, ya que la validez de la norma es un deber ser. Esto no quiere decir que no tenga ningún contacto con los hechos, la existencia de la norma está condicionada por ciertos hechos, pero su existencia no se identifica con ellos. A toda costa quiere Kelsen evitar el error de confundir la norma con el acto de voluntad que la produce. Sin embargo, no es muy explícito en señalar de qué otra condición depende la existencia de la norma. Siendo una existencia o validez objetiva, no dependerá sólo de la voluntad o deseos de un sujeto, ni de muchos. Más aún, tiene que haber *algo* no natural que la sustente, aunque obviamente ni un ente supernatural, ni siquiera entidades o valores platónicos son los que se tiene en mente. Lo poco que se da a entender es que tales hechos devienen normas al ser interpretados como deber ser y no como un mero querer. La noción o categoría de deber ser (y la de NB) desempeñan aquí un papel clave, por más que esta noción es en sí misma primitiva o indefinible. Está uno tentado a decir que esta modalidad, como la de *necesidad* son categorías básicas de un determinado marco conceptual.

De las escasas observaciones sobre el tema pueden sacarse todavía algunas ideas. Si para Kant la existencia de un objeto físico se daba siempre dentro del tiempo y el espacio, para Kelsen la existencia o validez de una norma será siempre relativa a un tiempo y a un espacio. Para él es impensable una norma que carezca de sus ámbitos espacio-temporales, pues aun cuando no se especifiquen se les supone, en el mejor de los casos, de manera indefinida.¹⁸³ Por último, después de la segunda edición de su obra central, llamó la atención sobre una idea que él mismo había compartido y que revisó en sus últimos años. Aunque siempre dijo que las normas no eran ni verdaderas ni falsas, en sus comentarios sobre la aplicación de la lógica a las normas había dado a entender que había cierta analogía entre verdad y validez. Al modificar sus tesis sobre la relación entre el derecho y la lógica, vino a sostener que no existía tal analogía.¹⁸⁴

¹⁸² Kelsen [XXIII], pp. 120 y ss.

¹⁸³ Kelsen [XX], pp. 9 y ss.

¹⁸⁴ Kelsen [XXIII], p. 2. En esta obra no se tratará la doctrina kelseniana de las relaciones entre derecho y lógica, pero sobre este punto específico de la analogía entre validez y verdad puede verse Von Wright [I], pp. 196 y ss., quien dice también, casi con las mismas palabras, que la analogía entre validez y verdad es mala y que la primera no es ni sustituto ni paralelo de la segunda.

En relación con (4), se repite en innumerables ocasiones que el decir que una norma vale o que tiene validez significa que es obligatoria, esto es, que debemos comportarnos conforme a ella.¹⁸⁵ Atendiendo a estas equivalencias de significado, la existencia de una norma jurídica implica su obligatoriedad. No sorprende entonces que Kelsen identifique también la expresión “una norma jurídica es válida” con “una norma está en vigor [*in Kraft, in force*]”, las cuales significarían también que la conducta estatuida por esta norma debe suceder.¹⁸⁶ No está de más recordar que la obligatoriedad a la que hace referencia Kelsen es exclusivamente jurídica y de ninguna manera moral (al menos esa es la expresa intención del autor).

Por último, en lo que toca a (5), sabemos ya que la teoría pura se enriqueció notoriamente con la introducción del concepto de NB, que vino a sustituir a la idea original de la voluntad del Estado como fundamento del orden jurídico. La pregunta por el fundamento (o razón) de la validez de una norma jurídica es la pregunta de por qué se debe obedecer esta norma. La respuesta de la teoría ha sido siempre señalar que el fundamento de validez de una norma sólo puede consistir en la validez de otra norma. Al trasladar la pregunta al fundamento de validez de todo el orden jurídico positivo, que equivale a responder a la pregunta de “por qué se debe obedecer a sus normas”, nos vemos llevados a la cuestión del fundamento último de validez del derecho positivo: la NB.¹⁸⁷

En [I], como se sabe, Kelsen postulaba como fundamento último del derecho a la voluntad del Estado. Ciertamente no la entendía como una voluntad psicológica sino que, tras una minuciosa discusión de teorías contemporáneas, acerca de si la voluntad estatal era una ficción o una abstracción (Jellinek), concluía que era una “construcción jurídica”. Esta construcción era un concepto que resultaba “de muy determinados procesos intelectuales (*Denkvorgängen*), provenientes de una consideración desde el punto de vista normativo, que se llevaban a cabo en el seno mismo de lo abstraído”.¹⁸⁸ Esto quería decir, más o menos, que a partir del material normativo se realizaban operaciones mentales, tales como juicios, que conducían, por un proceso de abstracción, a ciertos conceptos contruidos para comprender el material. Pretendía negar con esto que fuese una abstracción a partir del mundo de los hechos, pero de ningún modo quedaba claro qué clase de método se empleaba en tal construcción.¹⁸⁹ En todo caso esta creación “originaria” del derecho positivo era considerada más allá del ám-

¹⁸⁵ Kelsen [XX], p. 196.

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 81.

¹⁸⁷ Kelsen [XXIV], p. 1445 y [XX], p. 196. La pregunta ¿por qué? es engañosa, ya que induce a creer que se buscan causas psicológicas o sociológicas de la obediencia. En realidad se buscan razones y por ello otros autores al tratar esta cuestión en Kelsen hablan de la “justificación”. Véase Raz [I], pp. 128 y ss. y [II].

¹⁸⁸ Kelsen [I], p. 181.

¹⁸⁹ Véase cap. VI de Kelsen [I]. No se sabe si era una “construcción lógica”, una “reducción fenomenológica”, una “deducción trascendental”. Por cierto que se dice allí mismo que el concepto “importación” era también otra construcción.

bito de lo jurídico y de sus construcciones, así como la creación originaria de la vida y todo surgimiento de lo animado a partir de lo inanimado están más allá de la esfera de la explicación de la ciencia natural.¹⁹⁰

Esta concepción, un tanto misteriosa, se sustituyó pocos años después (1913-1914), cuando al concebir al derecho positivo de manera dinámica, presentó Kelsen la doctrina de la NB como presupuesto que fundamentaba la validez y la unidad de las normas jurídicas (es justo reconocer, y Kelsen nunca lo negó, que a esta doctrina contribuyeron de manera relevante A. Verdross y L. Pitamic). En armonía con [I], la creación de esta NB hipotética seguía siendo “un hecho situado fuera del sistema jurídico”.¹⁹¹

Se ha visto ya que como neokantiano, Kelsen consideraba que la unidad de las normas del sistema jurídico sólo era lógicamente posible a partir de un punto de vista unitario proporcionado por el conocimiento —en este caso jurídico— y su tendencia inmanente a la unidad. Se sabe, además, que un tal sistema unificado de normas jurídicas constituía un orden jurídico que se derivaba de manera dinámica, por conexión de delegación, de modo que las normas superiores fundamentaban la validez de las inferiores, remontándose al procedimiento hasta una primera constitución, la más antigua históricamente o una constitución revolucionaria, la cual no pudiese ya derivarse de ninguna norma ulterior de derecho positivo.¹⁹² Por lo anterior se ve que la NB ¹⁹³ está destinada en la teoría a cumplir ambas funciones, por un lado la función teórica de unificar el conocimiento de las normas jurídicas, y por otro, la de conferir validez a la primera constitución, otorgando al primer legislador los poderes jurídicos que permitirán interpretar sus actos como creadores de normas jurídicas válidas, siendo éstas la primera constitución y todas las normas creadas conforme a ella.

Es interesante señalar que ambas funciones aparecen en importantes filósofos alemanes que influyeron sobre Kelsen. En primer término Kant, quien al clasificar las leyes obligatorias para las cuales es posible una legislación exterior, las divide en aquellas cuya obligatoriedad puede ser reconocida también *a priori* por la razón, sin necesidad de legislación externa, llamándolas naturales, y las que sin legislación externa no obligan, a las cuales llama positivas. Dicho esto se encuentra un párrafo que vale la pena citar: “Pudiera pensarse que hubiese una legislación externa que contuviese sólo leyes positivas, pero tendría que ser precedida por una ley natural que fundamentara la autoridad del legislador (es decir, su competencia para vincular a otros mediante su simple arbitrio).” ¹⁹⁴ Como se ve, Kant plan-

¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 410.

¹⁹¹ *Ibid.*, pp. xiv y ss.

¹⁹² En toda la exposición se omiten las complicaciones que resultarían introduciendo al derecho internacional, y su respectiva NB, ya que no afectan sustancialmente el esquema anterior de la teoría pura.

¹⁹³ Esta norma es llamada también “norma fundamental” (*Grundnorm*), “norma fundamental hipotética”, “norma originaria” y “constitución en sentido lógico-jurídico” a lo largo de los escritos de la Escuela de Viena.

¹⁹⁴ Kant, *Metaphysik der Sitten*, Introducción, IV.

tea aquí con toda claridad el problema del fundamento del derecho positivo, señalando que tiene que ser una norma de derecho no positivo, esto es, natural.¹⁹⁵

Por otra parte Husserl, que aunque menos influyente en la formación del pensamiento kelseniano conformó, empero, en buena medida, la atmósfera filosófica de habla alemana a principios de siglo, utilizó el término NB para designar el enunciado normativo que funciona como principio unitario de la ciencia normativa y que la distingue en otras ciencias. Es una especie de definición que al mismo tiempo “determina la unidad de la disciplina y también lleva el pensamiento de la normatividad a todas sus proposiciones”.¹⁹⁶ La NB sirve aquí para unificar una ciencia normativa, conservando a la vez un carácter definitorio y normativo semejante al de la NB de la teoría pura. La tensión entre ambas funciones, así como entre su naturaleza prescriptiva y definitiva se hará notar más adelante.

El contenido de la NB se expresa generalmente con la conocida fórmula: “debe ser lo que estatuye la suprema autoridad”, o un equivalente: “debe obedecerse la constitución”; sin embargo, estas son meras abreviaciones de su formulación completa, que según Kelsen está descrita por el enunciado: “los actos coactivos deben ser establecidos bajo las condiciones y del modo como lo estatuyen la primera constitución estatal histórica y las normas creadas conforme a ella”.¹⁹⁷

En tanto norma que fundamenta un orden jurídico positivo, de acuerdo con el axioma kelseniano de que el fundamento de validez de una norma sólo puede ser otra norma válida, tiene que ser ella misma válida. Advirtiendo el problema del *regressus ad infinitum*, Kelsen escapa diciendo: “La NB vale no por haber sido creada de cierto modo, sino que en virtud de su contenido es presupuesta como válida.”¹⁹⁸ Como su validez no deriva de su forma de creación, ni de otra norma, vale (¿existe?, ¿es obligatoria?) por su contenido, lo que llevó a Kelsen a decir: “Vale por tanto —exceptuando que sólo vale hipotéticamente— como una norma del derecho natural.”¹⁹⁹ No es, ni puede ser, derecho positivo, esto es, no ha sido puesta por ninguna autoridad en el tiempo y en el espacio. Sin embargo, la alternativa de considerarla derecho natural iría en contra de los postulados positivistas de la teoría, por lo cual es relativizada al darle una validez supuesta. Además, la función cognoscitiva que se le hace desempeñar permite comprender mejor las afirmaciones de su autor. Éste establece una analogía con las categorías kantianas, en tanto condiciones de posibilidad

¹⁹⁵ En algún momento Kelsen llamó a su NB derecho natural lógico-trascendental, pero después rechazó la expresión. Igualmente negó que fuese derecho natural, ya que no tenía como función la justificación ético-política del derecho positivo. Kelsen [XX], pp. 442 y ss.

¹⁹⁶ Husserl, *Logische Untersuchungen*, secc. 11, 14 y 16. Sobre la discrepancia entre las concepciones de ciencia normativa de Husserl y de Kelsen, véase Kalinowski.

¹⁹⁷ Kelsen [XX], pp. 203 y ss. Otra variante en Kelsen [IX], p. 299.

¹⁹⁸ Kelsen [IX], pp. 294 y ss. Texto que aparece como apéndice de [XIII], pp. 391-446; también en [XXXI], pp. 69 y ss.

¹⁹⁹ Klecatsky *et al.*, *loc. cit.* y Kelsen [XIII], p. 401.

del conocimiento, ya que la NB sería, en el mejor de los casos, “derecho natural lógico-trascendental”.²⁰⁰ En efecto, su carácter formal no impone ni excluye ninguna conducta humana como posible contenido del derecho, no afirma, en palabras de Kelsen, ningún valor trascendente al derecho positivo.²⁰¹

La función cognoscitiva consiste en fundamentar la validez objetiva de un orden jurídico positivo, en tanto orden coactivo de normas puestas por actos humanos, las cuales son en general eficaces. Hay aquí una función epistemológica porque permite interpretar el sentido subjetivo de estos actos, como actos creadores de normas, esto es, dándole a los mismos un sentido objetivo.²⁰²

En relación con esta función de la NB es importante resaltar el desarrollo de las ideas de Kelsen. El texto de 1928 a que se hizo mención más arriba (originado a partir de una conferencia ante la *Kant Gesellschaft* de Berlín), mencionaba repetidas veces las funciones de la NB subrayando la de comprender como derecho, cierto material históricamente dado. Sólo presuponiendo la NB era posible que este material fuese interpretado como derecho y no como un hecho; sólo así se le comprendía como un todo significativo y libre de contradicciones.²⁰³ La otra función, que era la de fundamentar la validez del orden jurídico, aparece en otros textos de la misma época,²⁰⁴ en los que se habla incluso de que cumple la función de “instalar una autoridad”.²⁰⁵

En contraste con lo anterior, se puede leer en uno de los últimos textos de Kelsen: “La función de la NB no es permitir que se considere como derecho a un orden coactivo que es en general eficaz, puesto que, de acuerdo con la definición proporcionada por la teoría pura, un *orden jurídico* es un orden coercitivo que es en general eficaz; la función de la NB es permitir que se considere a este orden coercitivo como *objetivamente válido*.”²⁰⁶ En otras palabras, aun sin la NB es posible afirmar la existencia de un orden jurídico, en la medida en que se dé un orden coactivo eficaz, caso que Kelsen ilustra con un comunista que no supone la NB, pero que no niega la existencia del orden jurídico capitalista.²⁰⁷ Este nuevo planteamiento de Kelsen presenta algunos problemas, ya que apoyará algunas críticas en Ross que se verán posteriormente.

No conviene pasar por alto el que, al fundamentar la validez de un orden jurídico, la NB lleva a cabo otra función que es la de constituir la unidad de una pluralidad de normas y, con ello, responder a la pregunta ¿por

²⁰⁰ Kelsen [IX], pp. 339 y ss. y [XIII], pp. 437 y ss.

²⁰¹ Kelsen [XX], p. 204.

²⁰² *Ibid.*, p. 205.

²⁰³ Kelsen [IX], pp. 286 y ss., 295, 299 y 339.

²⁰⁴ Kelsen [IX], pp. 96 y ss.; [IV], p. 251.

²⁰⁵ Como se ve, la NB cumple varias funciones. No se verá aquí hasta qué punto son compatibles y distintas, pero indudablemente acarrear problemas. Tal fue el tema de una conferencia, hasta donde sé no publicada, que le escuché en México a E. Bulygin. La crítica se originó sin embargo, en Vernengo [II].

²⁰⁶ Kelsen [XXI], p. 70. Los subrayados son del autor.

²⁰⁷ *Ibid.*

qué una norma determinada pertenece a un orden determinado?²⁰⁸ La NB permite reconocer así qué normas integran un determinado sistema, aunque con ello surjan nuevos problemas. En efecto, reconocida la independencia de la juridicidad de un sistema con relación a su validez, quedaría en pie la pregunta de si se puede seguir hablando de normas en el caso de un orden coactivo y eficaz no fundamentado. Si se responde que sí, aceptando curiosamente la existencia de normas no válidas, su pertenencia habrá de decidirse sin recurrir a la NB, echando mano, por ejemplo, de la constitución. Si se contesta que no podría hablarse de normas, tendríamos que el concepto de norma no es condición necesaria para hablar de derecho, en cuyo caso habría que modificar la definición de derecho como conjunto de normas coactivas y eficaces. La alternativa conduce, en ambas salidas, a cuestionar la teoría pura y aunque Kelsen jamás se planteó las consecuencias de sus últimas ideas, éstas facilitan las críticas de Ross.

Una evolución muy interesante ha sufrido también la caracterización de la NB como “presupuesta”, “supuesta”, o “hipotética”. En 1920 sostuvo Kelsen que la justificación de esta norma se hacía en base a un principio más general: el principio de economía de E. Mach. En efecto, en 1917 un miembro de la Escuela de Viena, Leonidas Pitamic hizo notar que siendo imposible justificar lógicamente a la NB, el criterio y la justificación para escoger cuál de entre varios conjuntos de normas ha de considerarse en un tiempo y en un espacio dados como el derecho positivo, habría de ser el principio de economía del pensamiento de Mach. De acuerdo con este principio se establecería como presupuesto material para la construcción, a las normas jurídicas que más coincidan con las representaciones de deber ser más eficaces. El punto de partida que se escoge es, entonces, el que toma más en cuenta a la realidad.²⁰⁹ Que la elección de la NB no era de ningún modo arbitraria fue una idea que Kelsen repitió a lo largo de sus escritos. Sin embargo, la justificación de la NB fue desplazada al nivel de las categorías kantianas *a priori*, ajelándose con ello un tanto de la orientación pragmatista de la tesis de Mach.

Aceptando esta línea kantiana, se suscitaba la pregunta por el método utilizado para “descubrir” la NB. Kelsen decía que la formulación de la NB hacía consciente lo que todo jurista hace aun inconscientemente al concebir su objeto normativamente, rechazando al derecho natural.²¹⁰ Este método no es nuevo, es sólo “explicitar, mediante el análisis de los procedimientos reales de la ciencia, las presuposiciones lógicas de los métodos que se han usado siempre”.²¹¹ Más tarde diría Kelsen: “Un análisis de los juicios en que interpretamos como jurídicos los actos, es decir, como actos cuyo sentido objetivo son normas, muestra el *presupuesto* que hace posible esta

²⁰⁸ Kelsen [XX], p. 196. La pregunta es un tanto ambigua; en realidad se busca un criterio de membresía conforme a la terminología de Raz [I].

²⁰⁹ Véase Pitamic.

²¹⁰ Kelsen [IX], p. 286 y [XIII], p. 395 y [XX], p. 209.

²¹¹ Kelsen [IX], p. 300 o [XIII], p. 406. La traducción al inglés es ligeramente diferente.

interpretación.”²¹² La NB está, pues, presupuesta en el pensamiento jurídico.²¹³

Aun cuando ocasionalmente había dicho que la ciencia jurídica suponía la NB, posteriormente Kelsen precisó que esto no era totalmente correcto. La ciencia jurídica no puede establecer, ni tampoco suponer normas. La ciencia jurídica simplemente constata que si y sólo si se presupone la NB, la constitución puede ser vista como válida.²¹⁴ Estas modificaciones llevaron a una presentación más detallada de la doctrina de la NB, con la que se creía resolver las inconsistencias anteriores.²¹⁵ Si la NB no puede ser una norma querida, esto es, no puede ser el sentido de un acto de voluntad, sino sólo el contenido de un acto de pensamiento, es entonces una norma supuesta y no puesta. Si su enunciación en la premisa mayor de un silogismo que fundamenta la validez objetiva de las normas es lógicamente indispensable, escribe Kelsen, entonces sólo puede ser una norma pensada. No es querida por la ciencia jurídica, es decir, por el jurista, es pensada como un presupuesto. La ciencia se limita a constatar epistemológicamente que es la condición para interpretar el acto creador de la constitución con un sentido objetivo.²¹⁶

A pesar de su avanzada edad, más de 80 años, Kelsen continuó reflexionando sobre los problemas de la NB y el producto de sus reflexiones aparece en sus últimos escritos. En 1962, con motivo de un coloquio filosófico en Salzburgo, anunció Kelsen algunas modificaciones en sus puntos de vista. El principio de que toda norma es el sentido de un acto de voluntad le parece indiscutible, equiparándolo al dualismo entre norma y enunciado, entre ser y deber ser. En el fondo se trata de la radical división entre querer y pensar, entre la voluntad y la razón. Este principio es indispensable, entre otras razones, porque tiene como consecuencia inevitable que sólo haya valores subjetivos y no objetivos, esto es, que no existan valores cuya validez sea tan objetiva como la verdad de los enunciados acerca de la realidad. El principio, empero, tiene otra consecuencia: ninguna norma puede ser el sentido de un acto del pensamiento, conclusión que afecta la tesis de que la NB no era el sentido de ningún acto de voluntad, sino que estaba presupuesta en el pensamiento. “No puedo, dice francamente, seguir sosteniendo esa doctrina y tengo que abandonarla.” La NB es una norma ficticia que presupone un acto de voluntad ficticio que la crea. No puede haber normas simplemente pensadas que sean el sentido de un acto de pensamiento.²¹⁷

A partir de lo dicho en las discusiones del coloquio de Salzburgo, existen dos textos en que el maestro de la Escuela de Viena mantiene e incluso abunda en las modificaciones apuntadas. En 1964 escribió, en respuesta a

²¹² Kelsen [XX], p. 47. El subrayado es del autor.

²¹³ *Ibid.*, p. 23.

²¹⁴ Kelsen [XV], p. 1391.

²¹⁵ Kelsen [XX], p. 208, nota.

²¹⁶ *Ibid.*, pp. 9 y 206 y ss.

²¹⁷ Kelsen [XXIII], pp. 3, 5, 119 y ss.

sus propias observaciones, que al pensar la NB se tiene que pensar simultáneamente en una autoridad imaginaria cuyo acto ficticio de voluntad tiene como sentido a la NB. La NB es entonces una auténtica ficción en el sentido de la filosofía del "como si" (*Als ob*) de Vaihinger.²¹⁸ Hay que recordar que en 1919 había publicado Kelsen un artículo sobre la teoría de las ficciones, en el cual consideraba de manera muy particular la obra de Vaihinger. En él se exponía el concepto de ficción, caracterizado por Vaihinger tanto por su fin como por sus medios. El objetivo de la ficción era el conocimiento de la realidad y el medio, una falsedad, una contradicción. Sin embargo, este apartamiento de la realidad servía para alcanzarla.²¹⁹ Una ficción se caracteriza no sólo por contradecir a la realidad, sino por ser en sí misma contradictoria. No obstante, es un auxiliar mental, un concepto auxiliar del que nos servimos cuando no podemos alcanzar un propósito intelectual mediante el material dado. Aplicando estas ideas a la NB de cualquier orden, en particular del jurídico, concluye Kelsen que la suposición de ésta contradice a la realidad, ya que no existe una norma tal, que sea el sentido de un acto real de voluntad. Además, es contradictoria en sí porque representa la autorización otorgada a una autoridad jurídica suprema, surgiendo con ello una autoridad ficticia, colocada incluso por encima de la autoridad suprema. Por otra parte, el propósito intelectual perseguido con tal ficción es la fundamentación de la validez de las normas que constituye un orden jurídico positivo. La NB no es, pues, una hipótesis, sino una ficción.²²⁰

El último escrito publicado hizo referencia nuevamente al problema, manteniendo la tesis de que la teoría de la voluntad, uno de cuyos axiomas era *Kein Sollen ohne Willen* (ningún deber ser sin un querer), impedía aceptar la tesis jusnaturalista de que hay normas que son el sentido de actos de pensamiento, dado que la razón no puede crear normas, sino sólo conocer las que han creado una autoridad mediante actos de voluntad. La NB es entonces pensada como si hubiese sido puesta por una autoridad, respetando de este modo el principio con la introducción de un querer ficticio.²²¹ En [I] Kelsen había combatido la tesis de colocar una ficción como fundamento del derecho positivo; ahora, al final de su carrera, acepta la ficción. El círculo se había cerrado.²²²

6. La naturaleza de la norma según Alf Ross

En la exposición de las ideas de Ross acerca de la norma, no se hará referencia a sus primeras obras, difícilmente accesibles, tomándose como

²¹⁸ Kelsen [XXV], p. 1977.

²¹⁹ [V], p. 1216.

²²⁰ Kelsen [XXV], pp. 1977 y ss.

²²¹ Kelsen [XXIX], pp. 1461 y ss.

²²² Si bien las tesis acerca de la NB no son todas compatibles, tienen en común el rechazo del pensamiento sustancialista y trascendente del jusnaturalismo. Lo que sucede es que reflejan las diversas influencias filosóficas no siempre compatibles, del pensamiento kelseniano, en especial el kantismo y el empirismo positivista.

punto de partida el libro *Hacia una ciencia realista del derecho*.²²³ Ya el título y el prefacio de este texto hacen ver que la intención del autor es concebir el derecho como un fenómeno social y su estudio como una ciencia empírica enclavada dentro de la psicología social. Se pretendía con ello un acercamiento al pensamiento jusfilosófico angloamericano de corte realista, al mismo tiempo que un rechazo del punto de vista tradicional, tanto del junsnaturalismo, como del idealismo kantiano, alegándose que ambos daban por resultado un dualismo conforme al cual el derecho pertenece tanto “al mundo de los hechos empíricos, como al mundo metaempírico de las ideas eternas, al reino de la validez”.²²⁴

Como puede apreciarse ya en estas líneas introductorias, uno de los conceptos clave en el ataque de Ross es el de validez y la estrategia utilizada para la liquidación del dualismo es ofrecer una interpretación de este concepto en términos de “racionalizaciones de experiencias emocionales”, lo cual permite su inclusión en el mundo de los hechos. Es fácilmente comprensible que en esta línea de ataque se encuentre también el concepto tradicional de norma, ya que al colocar en el mismo nivel a la validez y a la normatividad, los argumentos utilizados son prácticamente idénticos. Por todo esto los dos temas tienen que ser desarrollados paralelamente.

Desde el inicio escribe Ross que en las concepciones modernas el derecho es concebido como fenómeno en el mundo de la experiencia y como norma en el mundo ideal, lo cual da lugar a un dualismo entre lo físico y lo metafísico; lo empírico y lo *a priori*; lo real y lo ideal; la existencia y la validez; el fenómeno y la proposición (norma) obligatoria.²²⁵ Señala también que las versiones de este dualismo son tan variadas, como los medios por lo que se trata de explicarlo o eliminarlo. Sin embargo, ni siquiera aquellos que optan por una teoría científica, desconociendo toda metafísica —el realismo sociológico y la teoría pura—, logran resolver las antinomias insolubles que, en opinión de Ross, afectan a toda teoría del derecho. El intento de éste es elaborar por vez primera una teoría realista sin dualismo ni antinomias. Con ese objeto en mente, después de pasar revista a las doctrinas predominantes, hace su diagnóstico y propone el remedio. Por un lado se encuentra a los teóricos que coinciden en que el concepto de derecho tiene una validez supraempírica.²²⁶ Incluso en la teoría pura, aun cuando se distingue entre el contenido del deber ser jurídico (coacción) y el moral, “no hay diferencia entre el *deber ser* moral y el jurídico en cuanto *deber ser*...”, siendo en ambos casos la misma naturaleza del deber ser normativo: “una racionalización de la conciencia de validez”. La validez formal de la teoría pura, aunque diferente de la validez racional práctica, es también supraempírica.²²⁷

²²³ Publicado en inglés como *Towards a Realistic Jurisprudence: A Criticism of the Dualism in Law*.

²²⁴ *Ibid.*, pp. 11 y ss.

²²⁵ *Ibid.*, p. 15.

²²⁶ Lask, Radbruch, Geny, etcétera. Véase p. 39.

²²⁷ *Ibid.*, pp. 46 y ss.

Por otra parte “las teorías que proponen desterrar enteramente los puntos de vista normativos, las nociones de validez, están destinadas a fracasar”. Conducen a una destrucción del concepto del derecho que imposibilita delimitar esta conducta social de otra. Ross acepta expresamente que el concepto de derecho implica el concepto de norma y éste, a su vez, la noción de validez. Por esto para él la solución consiste en una diferente interpretación de las ideas normativas, no en su eliminación.²²⁸ Todo ello permitirá una reconstrucción del concepto del derecho que reduzca el dualismo y disuelva las antinomias.²²⁹ Precisamente una de las dos antinomias era considerar a la norma jurídica como proposición práctica —que establece derechos y obligaciones— con validez independiente y primaria con relación a los hechos (tesis) y a darle la calidad de proposición teórica, acerca de hechos, que expresa la probabilidad de ciertas realidades (antítesis). Como en la dialéctica kantiana, la tesis conduce a la antítesis y viceversa, la primera conduce a los hechos —probabilidad de la sanción— y en la segunda el pronunciamiento respecto al futuro, no pudiendo ser visto como un mero pronóstico, dependerá de ser tenido como derecho válido.²³⁰

Habiendo rechazado la solución del realismo norteamericano, que reduce el concepto de derecho positivo a un mero concepto de realidad social, los ataques más violentos se dirigen al concepto tradicional de validez normativa. Desde el inicio de su obra insiste en que la validez no es “nada objetivo, o concebible, sino apenas un término común usado para las expresiones por las cuales se racionalizan ciertas vivencias emocionales”. Estas vivencias, “revestidas de una peculiar ilusión de objetividad” son simplemente fenómenos psicofísicos.²³¹ A lo largo del texto insiste en que la validez como categoría o esfera de la existencia, es un “sin sentido” y no tiene ningún significado.²³² Pero, como no es posible prescindir totalmente de dicha noción, repite constantemente que hay que reinterpretarla como expresión de ciertas experiencias psicofísicas peculiares, las cuales son elemento fundamental del fenómeno jurídico.²³³ Su verdadero significado, dice, son ciertas actitudes de conducta desinteresada cuya vivencia es racionalizada en la idea de algo objetivamente dado.²³⁴ Entre los tres factores de la realidad psicofísica del derecho: 1) la actitud de conducta interesada en evitar la coacción e impulsada por este temor; 2) la actitud desinteresada consistente en impulsos espontáneos e inducida por el poder social de sugestión de la costumbre, y 3) la interacción real entre ambos factores; precisamente el segundo tiene el sello de la validez erróneamente racionalizada

²²⁸ *Ibid.*, p. 57.

²²⁹ *Ibid.*, p. 87.

²³⁰ *Ibid.*, pp. 84 y ss.

²³¹ *Ibid.*, pp. 16 y ss.

²³² *Ibid.*, p. 88.

²³³ *Ibid.*, pp. 12 y 57.

²³⁴ *Ibid.*, p. 88. Lo anterior no quiere decir, sin embargo, que Ross acepte que las palabras tengan significados verdaderos; esto lo rechaza expresamente, inclinándose por la tesis de que en la tarea de reconstruir un concepto se busca su significado a partir de su función (pp. 18 y 22).

en la idea de un objeto.²³⁵ Obviamente que como consecuencia, el concepto de norma sufre también una transformación. Para el punto de vista corriente el derecho consiste en normas o reglas como significados de los actos creadores, son ideales y no reales. Sin embargo, dice Ross, el derecho consiste •• parcialmente en ser norma, pero no como sentido específico de validez normativa, “sino exclusivamente como elemento integral del fenómeno jurídico, como hechos psico-físicos, expresiones que en parte reflejan y en parte crean, a su vez, actitudes reales de conducta”.²³⁶

A esta altura lleva a cabo Ross un razonamiento que reproducimos abreviadamente, ya que será relevante para comprender la evolución de sus pensamientos. El punto de partida es que todas las proposiciones gramaticales pueden ser consideradas como: 1) expresiones, o 2) proposiciones en sentido lógico. Las expresiones (1) son hechos psicofísicos conectados causalmente con otros fenómenos psicofísicos. Son, dice, “algo real”. Por el ejemplo que utiliza se infiere que se trata aquí de las palabras pronunciadas por un sujeto determinado en un cierto espacio y tiempo.²³⁷ Ahora bien, para que una expresión (1) pueda ser considerada como (2), se requiere la condición de que cumpla con “las reglas de la sintaxis del lenguaje en cuanto a la combinación de palabras” (¿gramática?) y que cumpla también con “las reglas de la sintaxis científica en cuanto a la combinación de símbolos” (¿lógica?). Al ser consideradas como (2), estas proposiciones se presentan como entes ideales que tienen una significación lógica, una función simbólica que las hace ser verdaderas o falsas. Vista así, (2) puede comprenderse “sin tener en cuenta la conexión real en la que se da” y la relación entre el símbolo y el objeto simbolizado es “puramente ideal”. A estas premisas añade ahora lo que parece un hecho indudable: las normas jurídicas no pueden ser ni verdaderas ni falsas, de lo cual se sigue necesariamente que carecen de significado lógico y que, por tanto, “sólo pueden ser contempladas en su existencia real como una afirmación que da expresión a ciertos fenómenos psicofísicos”. Otras consecuencias de este razonamiento son que la ciencia jurídica no puede ser concebida como una ciencia de significados, como la matemática, y que el derecho es un hecho, un fenómeno y “no un sistema lógico”.²³⁸

Además de lo que se ha dicho sobre la naturaleza de la norma jurídica, se encuentran en este libro otras observaciones sobre su carácter sancionador, sus funciones, su diferencia con las normas morales y la distinción entre normas generales e individuales. En general son tan breves que bastará con reproducirlas sin mayores comentarios.

En primer lugar, se enfrenta con la doctrina prevaleciente que sostiene que la naturaleza del derecho es ser un sistema de compulsión y que este es

²³⁵ Con esta interpretación cree Ross que el dualismo desaparece y la validez se transforma en un fenómeno de la realidad. *Ibid.*, pp. 88 a 93 y 102 y ss.

²³⁶ *Ibid.*, pp. 105, 198 y ss.

²³⁷ *Ibid.*, p. 110.

²³⁸ *Ibid.*, pp. 112 y ss. En esta discusión Ross no distingue terminológicamente norma y proposición jurídica, usando ambos términos indistintamente.

su rasgo distintivo respecto a la moral. Aunque no es muy explícito en definir las nociones de compulsión y sanción, indica que el hecho de que las pretensiones jurídicas se basen en un mecanismo de compulsión mantenido por el Estado, expresa el carácter coactivo del derecho. El derecho, añade, puede aplicar sanciones —castigo y ejecución— que actúan compulsivamente y, en tanto que se apela al temor a las medidas desagradables es que es coactivo.²³⁹

Estas reflexiones parecerían conducir a la doctrina de que la coacción es un elemento necesario del concepto del derecho, entendiendo esta afirmación en el sentido de que cada norma jurídica está sancionada por otra que ordena la coacción. Ross argumenta diciendo que esta afirmación conduce a un regreso infinito que la hace inaceptable. En último término debe haber normas que no son ordenadas coactivamente, “sino que derivan su poder de actuación de su propia autoridad o de una creencia en su validez”. Estas, continúa Ross, son las normas “que tratan de establecer una competencia jurídica”, no ordenan la coacción sino son el prerequisite de las normas coactivas.²⁴⁰ Incidentalmente toca aquí la cuestión de las relaciones entre las normas de competencia y las normas sancionadoras al afirmar escuetamente que “es imposible separarlas (a las primeras) de las otras normas y decir que no son en sí mismas normas jurídicas”.²⁴¹

Sin embargo, concede Ross que hay otro sentido en el que la tesis de que la coacción es un elemento necesario del concepto del derecho es correcta: “Un sistema que no se basa en ningún punto en la compulsión no sería un sistema jurídico.”²⁴² Esta aseveración, como se ve, se asemeja mucho a la última tesis kelseniana del derecho como un orden coactivo en general. Vinculando esta idea con las anteriores, concluye Ross que la creencia en la validez adquiere así su carácter jurídico a través de su conexión con el sistema coactivo. La coacción y la validez son “parte necesariamente integral del derecho”.²⁴³

También se encuentran en este texto algunas consideraciones sobre la función de las normas jurídicas, aparte de la ya indicada sobre la distinción entre normas coactivas y normas de competencia. Sobre tales cuestiones empieza Ross por declarar que la doctrina prevaleciente acepta que las dos funciones subjetivas del derecho son: conceder derechos e imponer obligaciones. A continuación hace un breve bosquejo histórico para mostrar que las relaciones entre estos dos aspectos dependen de la teoría que se acepte en cuanto a la naturaleza del derecho en general. Algunas doctrinas jusnaturalistas subrayaron los derechos, derivando de ellos las obligaciones. Otras condujeron a resultados opuestos, negando la existencia de una *lex permissiva* y manteniendo que el efecto de toda ley era la obligación. Las

²³⁹ *Ibid.*, pp. 121 y ss., se usará indistintamente “compulsión” y “coacción”, aunque la traducción emplea sólo el primero.

²⁴⁰ *Ibid.*, pp. 124 y ss.

²⁴¹ *Ibid.*, p. 125. Estas ideas son muy similares a las de [XX].

²⁴² *Ibid.*, p. 125.

²⁴³ *Ibid.*, pp. 125 y ss.

teorías imperativas, de orientación positivista (Roguin, Bierling, Austin) consideraron por su parte que las normas permisivas debían verse como “excepción a una prohibición más general, vale decir, como fragmento de una norma compuesta”. Para estas teorías el derecho se compone de normas que obligan.²⁴⁴

La posición de Ross es la de reconocer ambas funciones de las normas jurídicas, concediendo, en una especie de síntesis, un carácter formalmente primario y básico a las obligaciones, pero dando a los derechos, en cuanto al contenido, el rango de concepto primario.²⁴⁵ Así, “desde un punto de vista funcional la noción de facultad es secundaria, derivada de la noción de obligación”, pero como realización, el derecho subjetivo “es realmente vivido como una categoría jurídica original, coordinada con la de deber”, siendo como contenido el concepto primario.²⁴⁶ Esto es así porque la función inmediata del derecho es castigar ciertas conductas, pero a su vez, el contenido de los deberes es definible, en gran medida, sólo mediante los derechos que se quieren establecer.

En todo el tratamiento anterior las normas son consideradas siempre como generales, es decir, “que su contenido es expresado en conceptos o, por abstracción de particulares”.²⁴⁷ Cuando estas normas son imaginadas en relación a individuos definidos, aparecen como derecho subjetivo, como derechos y obligaciones. A Ross le parece que la diferencia entre derecho objetivo y subjetivo se expresaría mejor con los conceptos general e individual, los cuales servirían también, no para denotar “dos realidades diferentes, sino dos diferentes miras o definiciones de la misma cosa”.²⁴⁸ Con ello se evidencia que coincide con Kelsen en la idea de que derechos y obligaciones son funciones de la norma. Por otro lado, no recoge para nada la distinción clave en la teoría pura entre normas generales y particulares, sino que, por lo citado antes, más bien la confunde. Esta ignorancia se aclara parcialmente, si se piensa en la enorme repercusión que la distinción tiene para la concepción del sistema jurídico como orden dinámico en Kelsen, tema que no parece preocupar a su discípulo escandinavo en esta obra.

Ciertamente que un tratamiento detallado de las relaciones entre derecho y moral en los autores estudiados rebasaría los límites de este trabajo. Sin embargo, se vio con anterioridad que la preocupación kelseniana por delimitar categóricamente ambos conceptos, contribuye a comprender algunas tesis centrales de la teoría pura del derecho respecto a las características esenciales, no sólo del sistema jurídico, sino de las normas que lo

²⁴⁴ *Ibid.*, cap. VII. Estas ideas de la excepción a la prohibición general y de las normas permisivas como “fragmentos de norma”, aparecerán también en Kelsen. Para una crítica véase Hart [I], cap. III y, sobre todo, el análisis más detallado que de los tipos de norma señalados por Hart hace Raz en [VI], con especial referencia a las normas que obligan, a las permisivas y a las que confieren poderes.

²⁴⁵ *Ibid.*, p. 200.

²⁴⁶ *Ibid.*, p. 292.

²⁴⁷ *Ibid.*, p. 175.

²⁴⁸ *Ibid.*

integran. Por esta razón es relevante resumir la concepción divergente que tiene Alf Ross.

Por principio de cuentas adelanta que la distinción está determinada por varios criterios conceptuales y es “meramente la expresión de una división provisional del trabajo científico sobre la base de ciertas diferencias típicas en el material dado”. Más aún, es posible que tal distinción no pueda mantenerse después de una investigación extensa, ya que “en última instancia los fenómenos morales son elementos integrales del derecho”.²⁴⁹

La diferencia más importante que pueden señalarse entre derecho y moral es, a criterio de Ross, la génesis. Afirma que la moral, inculcada por la educación y establecida por el hábito, tiene un profundo carácter personal y que aunque sus actitudes se conforman de acuerdo con ciertas tendencias, nunca llegan a integrar un sistema. Por eso, aunque de origen social, las normas morales son “vividas como convicciones racionales de un carácter altamente personal”, lo que justifica el calificativo kantiano de autónomas.²⁵⁰ El derecho es, en cambio, de origen institucional y no individual, si bien se vive “como *obligatorio o válido* en un sentido similar al moral”. En oposición a la moral, depende de una experiencia externa de autoridad que lo hace heterónomo, apelando no sólo a la buena voluntad, sino también al temor de la coacción.²⁵¹

Ross no sólo atiende a la génesis del derecho y la moral sino también a las funciones, tendencias y vivencias que acompañan a ambos fenómenos. En todo lo anterior es clara la utilización de criterios sociológicos y psicológicos en la caracterización de los fenómenos morales y jurídicos. Su conclusión es que no se puede, sin embargo, trazar una línea tajante entre lo jurídico y lo extrajurídico.²⁵² Esta perspectiva difiere abiertamente de la kelseniana, según la cual la nota de la coactividad bastaría para distinguir de una vez y para siempre el derecho de la moral. Todo ello sin referencia ni a la génesis, ni a la función, sino exclusivamente al análisis del contenido de las normas en cuestión.

El pensamiento de Ross mostró en los años siguientes una cierta evolución debida, en buena parte, al positivismo lógico. Su obra *Sobre el derecho y la justicia* aparece en 1953 en danés, y traducida al inglés en 1958.²⁵³ En ella se reitera el rechazo de una “validez” específica y *a priori* que coloque al derecho por encima del mundo de los hechos, reafirmando su programa de reinterpretar la idea en términos de hechos sociales.²⁵⁴ Empero, el acercamiento al concepto de norma revela la influencia del *linguistic turn* dado en la filosofía anglosajona (Cambridge y el Círculo de Viena).

Ross introduce ahora nociones tales como expresión lingüística y signifi-

²⁴⁹ *Ibid.*, p. 126.

²⁵⁰ *Ibid.*, pp. 127 y ss.

²⁵¹ *Ibid.*, pp. 128 y ss.

²⁵² *Ibid.*, p. 137.

²⁵³ En 1963 apareció la versión española a la que nos atenemos por las razones antes apuntadas.

²⁵⁴ Ross [II], p. xiii.

cado, clasificando los tipos de ambas. El significado lo clasifica en dos especies: expresivo y semántico. El significado expresivo de una expresión lingüística recuerda a las expresiones (1) de su libro anterior, ya que “como eslabón de un todo psicofísico, la expresión se refiere a aquella experiencia que la ha suscitado”.²⁵⁵ Cuando la expresión tiene además un significado representativo o semántico, coincidiendo con las proposiciones (2) de su obra anterior, entonces “indican o simbolizan un estado de cosas”.²⁵⁶ En base a esto, divide las expresiones lingüísticas en tres: las que tienen significado expresivo y representativo; las que únicamente lo tienen expresivo y las que sin tener significado representativo son usadas con el propósito de ejercer una influencia de la que carecen las anteriores. A las primeras las llama aserciones, a las segundas exclamaciones y a las últimas directivas. Aunque Ross no lo dice, parece inferirse que los dos últimos tipos tienen sólo significado expresivo. Este intento de distinción semántico es poco claro, ya que negándoles significado semántico a las directivas, al mismo tiempo habla del “contenido lógico” que permite clasificar una norma jurídica como directiva.²⁵⁷ El lector no sabe, pues, si es una distinción semántica —relación de la expresión con su significado— o pragmática —relación de la expresión con el usuario—, toda vez que el aludir a los propósitos es claramente una referencia a la pragmática. Las categorías usadas por Ross resultan entonces poco claras para analizar los conceptos lingüísticos en que pretende apoyar su teoría. Dejando de lado estas insuficiencias, hay que terminar diciendo que añade que ha preferido el término “directiva” al de “orden” o “imperativo”, por ser más general y neutro, ya que los otros están asociados a ideas que no son adecuadas al derecho. Lo importante es, empero, recalcar que el significado lógico de las directivas “no es informar acerca de los hechos, sino prescribir una conducta”, por lo cual carecen de valor de verdad.²⁵⁸

Ross no está dispuesto a recaer en la concepción tradicional de considerar al derecho simplemente como un conjunto de normas y propone como modelo para comprender la naturaleza del derecho el juego del ajedrez.²⁵⁹ A la luz de este modelo es fácil comprender que así como el ajedrez consiste en fenómenos —movimientos de piezas— y reglas o normas de cómo ha de jugarse, así también el derecho “puede ser considerado como algo que consiste parcialmente en fenómenos jurídicos y parcialmente en normas jurídicas, en correlación mutua”.²⁶⁰

Igualmente Ross suscribe la tesis de que las normas jurídicas “configuran

²⁵⁵ *Ibid.*, p. 6.

²⁵⁶ *Ibid.*

²⁵⁷ *Ibid.*, pp. 7 y ss.

²⁵⁸ *Ibid.*, pp. 8 y ss.

²⁵⁹ *Ibid.*, pp. 12 y ss. La idea de usar a los juegos como modelos explicativos es muy común en la filosofía analítica. Hart la usa respecto al derecho, pero había sido ya usada para explicar la lógica, el lenguaje, etcétera. Para un análisis de los conceptos de “juego” y “reglas del juego” véase Raz [VI], quien hace además una crítica del juego como modelo para explicar el derecho.

²⁶⁰ *Ibid.*, p. 17.

un ~~esquema~~ de interpretación". En efecto, que el conjunto abstracto de ideas normativas sirva como esquema de interpretación significa que gran número de acciones humanas son interpretadas ahora como un "todo coherente de significado y motivación", pero también que esas normas son efectivamente obedecidas porque son experimentadas y sentidas como socialmente obligatorias.²⁰¹

Con esta interpretación la validez de las normas jurídicas se ha transformado, casi imperceptiblemente, en la vigencia o eficacia de las mismas. Como no hay un mundo de las ideas que sea *a priori*, sea éste material o formal, la idea de validez es una construcción metafísica erigida sobre una falsa interpretación de la "fuerza obligatoria vivida". El realismo acierta al interpretarla en términos de hechos, pero la originalidad de la teoría de Ross consiste en llevar a cabo una síntesis del realismo psicológico y del realismo conductista. La consistencia material y la predictibilidad de la conducta verbal de los órganos jurídicos, constituyen el aspecto conductista de la teoría, pero como no es posible predecir la conducta de tales órganos mediante la pura observación de la misma, es necesario recurrir a la hipótesis de que la vida espiritual (mental) de los órganos jurídicos se halla motivada por el conjunto de directivas abstractas que, en opinión de Ross, pueden describirse como "ideología normativa".²⁰² Las normas son, entonces, directivas, esto es, entidades lingüísticas abstractas que permiten entender ciertos fenómenos psicológicos y sociales, los cuales son interpretados con ayuda de términos como "validez" o "vigencia" para significar que las ideas son puestas en práctica mediante estos fenómenos.

En cuanto a la función de las normas jurídicas abunda Ross en la distinción entre normas de conducta y normas de competencia, usando un criterio extraído del contenido inmediato de las mismas. Empieza por decir que se crean conforme a un procedimiento establecido por ellas, serán normando a entender que su carácter prescriptivo consiste en que ordenan o, mejor dicho, imponen un deber. Las normas de competencia, por su parte, crean una competencia —poder o autoridad—, disponiendo que las normas que se crean conforme a un procedimiento establecido por ellas, serán normas de conducta. Por esta razón las contempla como normas de conducta "indirectamente expresadas", ejemplificándolas con las normas de la constitución referentes a la legislatura como "normas de conducta indirectamente expresadas que prescriben comportamiento de acuerdo con las ulteriores normas de conducta que sean sancionadas por vía legislativa".²⁰⁴ Más adelante expresa que una norma de esta clase que determina un procedimiento

²⁰¹ *Ibid.*, p. 18. La expresión "todo coherente..." es poco clara y Ross la explicita un tanto en [IV], donde dice que las reglas permiten que las acciones efectuadas en el ajedrez, con su significado específico de "jugadas", integren a las acciones de los jugadores en un todo coherente de tal modo que el motivo y el significado de una jugada hecha por uno de ellos, dependa de las jugadas hechas por la otra parte. Véase pp. 53 y ss.

²⁰² *Ibid.* Ver cap. II.

²⁰³ *Ibid.*, p. 32.

²⁰⁴ *Ibid.*

para establecer directivas jurídicas, “no es en sí una directiva, no prescribe un procedimiento como un deber”; sino que “únicamente indica una pauta que tiene que ser seguida para crear directivas válidas”, sin imponer la obligación de ejercer tal competencia. Por estas razones no pueden ser aplicadas directamente por los tribunales, siendo las normas de conducta las únicas que pueden ser aplicadas en forma inmediata por los tribunales.²⁶⁵

Esta concepción se complica si se toma en cuenta que las normas de conducta sólo en apariencia están dirigidas a los particulares, ya que su significado normativo realmente relevante es una directiva para los tribunales. Así, cualquier norma que no contuviera una directiva para los tribunales “sólo puede ser considerada como un pronunciamiento ideológico-moral sin relevancia jurídica”. A su vez, la directiva para los tribunales hace superflua a la directiva para los particulares ya que, según Ross, esta última “está implícita en el hecho de que éste (el particular) conoce qué reacciones puede esperar, en condiciones dadas, de parte de los tribunales”. Si quiere, pues, evitar estas reacciones, tal conocimiento constituye un reto para que disponga sus acciones de acuerdo con ello. El contenido de la norma de conducta es, entonces, una directiva al juez “mientras que la directiva al particular es una norma jurídica derivada y figurativa deducida de aquélla”.²⁶⁶

De modo más preciso, una norma de conducta queda definida como una directiva al juez respecto a las condiciones bajo las que debe ordenar el ejercicio de la fuerza física contra una persona. Ross da de ella el siguiente ejemplo: “El juez ordenará el empleo de la fuerza contra quien acepte una letra de cambio y no la pague...”, insistiendo en que la directiva al aceptante que prescribe pagar la letra el día del vencimiento “sólo es un reflejo de la directiva al juez, combinada con una exhortación ideológica al sentimiento que el ciudadano tiene hacia el derecho y la justicia”.²⁶⁷ Antes de analizar esta distinción conviene apuntar que aunque Ross hable de directivas “implícitas” y “deducidas”, en ningún momento explica conforme a qué reglas de inferencia, ni con ayuda de qué premisas podrían garantizarse tales relaciones lógicas entre los dos tipos de normas.

Para tratar de extraer el criterio conforme al cual establece su división, se pueden dividir los elementos de la norma, siguiendo a Von Wright,²⁶⁸ en cuatro: el sujeto, las condiciones de aplicación, el tipo de operador deóntico y la acción regulada. Es claro que a partir del sujeto no puede lograrse la división propuesta, ya que ambos tipos de norma se dirigen al tribunal. En cuanto al segundo elemento, las normas de conducta se refieren a las condiciones para ordenar el uso de la fuerza, en tanto que las normas de competencia parecen referirse a las condiciones para crear y aplicar normas

²⁶⁵ *Ibid.*, p. 202.

²⁶⁶ *Ibid.*, p. 33.

²⁶⁷ *Ibid.*, p. 203. El ejemplo ha sido variado ligeramente.

²⁶⁸ Von Wright [I], cap. V.

de conducta. Por lo que se refiere al modo como regulan la conducta, las normas de conducta imponen obligaciones, mientras que, según Ross, las normas de competencia no lo hacen, dando a entender que se trata de un mero facultamiento o permisión.²⁶⁹ Por último, en lo tocante a la conducta regulada, parecería que las normas de conducta ordenan sanciones —actos de fuerza—, en tanto que las de competencia facultan a seguir ciertos procesos como condición necesaria para la creación y aplicación de normas.²⁷⁰

Con todo esto, la relación entre ambos tipos de normas no es, sin embargo, clara. Si se recuerda la distinción intentada con base en las condiciones de aplicación y se traslada al ejemplo dado por Ross que se transcribió más arriba, se encontrará que él mismo reconoce que tal disposición “es sólo un fragmento de una norma de conducta”. La norma completa sería más complicadas, ya que las condiciones para la sentencia son además, que se inicie un juicio, que se prueben el título y los hechos; otras reglas que determinen el tipo de medidas de fuerza aplicables; reglas adicionales de cómo debe ser la sentencia y cómo debe ejecutarse.²⁷¹

Por tanto, sería enormemente complicado presentar una norma de conducta completa. Se le divide en fragmentos y los fragmentos similares se reestructuran en disciplinas separadas, lo que representa una economía en la exposición. En términos generales se diría que, en una parte se establece lo que uno puede y no puede hacer, en otra las sanciones jurídicas aplicables en caso de que se violen las primeras y, en una tercera parte, los procedimientos que deben seguir los tribunales para imponer sanciones. Esta es la distinción tradicional entre derecho sustantivo, derecho de las sanciones y derecho procesal, aunque como reconoce Ross, la distinción, especialmente entre sustantivo y sancionador es fluctuante.²⁷² Aunque más adelante se verá la forma en que evolucionaron algunas ideas de Ross en relación con estos problemas, su solución básica no difiere sino, por el contrario se asemeja mucho a la de Kelsen con su distinción entre normas sancionadoras y normas dependientes o no autónomas.

A continuación, Ross se ocupa del carácter sancionador de las normas jurídicas indicando que un orden jurídico nacional está integrado por normas “que determinan las condiciones bajo las cuales debe ejercerse la fuerza física contra una persona”.²⁷³ Con eso, sin embargo, no se quiere decir que todas las normas jurídicas están respaldadas por la fuerza, ya que esto es inadmisibles por dos razones: primero, porque supone que la directiva dirigida al particular y la dirigida al juez son dos normas diferentes, cuando en realidad tenemos “dos aspectos de la misma norma”. En segundo lugar,

²⁶⁹ La falta de más indicaciones no permite saber cómo explicaría el que el ejercicio de una competencia fuese obligatorio.

²⁷⁰ Curiosamente, tanto Ross como Kelsen dicen que las normas de competencia “determinan” las condiciones para aplicar la sanción, sin especificar el sentido normativo que tiene determinar, es decir, si obligan o sólo permiten seguir tales procedimientos.

²⁷¹ *Ibid.*, p. 203.

²⁷² *Ibid.*, pp. 204 y ss. Véase también [IV], pp. 114 y ss.

²⁷³ *Ibid.*, p. 34.

habría que “excluir del dominio del derecho partes esenciales que se hallan conectadas en forma inseparable con las normas derivadas que tienen el respaldo de la fuerza”.²⁷⁴ En efecto, muchas normas constitucionales y administrativas, en tanto normas de competencia, no están respaldadas por la fuerza, pero no se puede negar que sean jurídicas, ya que “se hallan en una indisoluble cohesión de significado con las normas de conducta directas”. Como además el suponer que cada norma respaldada por la fuerza está garantizada por otra del mismo carácter conduce a un regreso *ad infinitum*, concluye Ross que las normas jurídicas se refieren a la aplicación de la fuerza aunque no todas están garantizadas por ella. Este punto de vista lo reconoce expresamente como tomado de Kelsen, por lo cual es innecesario compararlo con el de la teoría pura.²⁷⁵

Con estos elementos, Ross se plantea el problema de la relación entre el derecho y otros fenómenos normativos, en particular la moral. El derecho consiste en normas sancionadas por la fuerza y por otros medios ideológicos que provocan la conducta deseada.²⁷⁶ En el caso de la moral no existe la presencia de la fuerza física entre las presiones para su cumplimiento, sino únicamente la desaprobación, razón por la cual carece del carácter institucional proveniente de los órganos creados por las normas de competencia. En suma, el carácter individual y la ausencia de sanciones coactivas serían las características de la moral. Al igual que en su obra anterior, afirma Ross que, sin embargo, “los fenómenos morales son parte esencial de los fenómenos jurídicos”, por lo cual las relaciones entre derecho y moral no pueden verse como una comparación entre dos sistemas normativos, sino como relaciones entre fenómenos, de tal manera ligados que tiene que haber un grado considerable de armonía entre el sistema institucional del derecho y las actitudes morales individuales de la comunidad jurídica.²⁷⁷

En cuanto a la función de las normas jurídicas, Ross usa este término cuando habla de la “función ideológica motivadora” que cumplen las normas figurativas (las dirigidas al particular, implícitas en la dirigida al órgano), independiente de la función motivadora del temor a la sanción.²⁷⁸ Es claro, sin embargo, que se refiere aquí a la función psíquicosocial que tienen las normas jurídicas y no a su función normativa. Por lo que a esta última se refiere, se trata obviamente de regular la conducta. En esto, el tratamiento de Ross parte del hecho de que la estructura lingüística de las normas jurídicas, por ejemplo las leyes, no es la de frases directivas corrientes, es decir, que expresen un llamado a la acción “sino que describen un mecanismo según el cual diversos acontecimientos (hechos o acciones) producen efectos invisibles (llamados deber, facultad, capacidad, validez, etcétera)”.²⁷⁹ Las palabras y frases usadas en el derecho “con la función de

²⁷⁴ *Ibid.*, p. 51.

²⁷⁵ *Ibid.*, pp. 51 y ss.

²⁷⁶ *Ibid.*, p. 58

²⁷⁷ *Ibid.*, pp. 60 y ss.

²⁷⁸ *Ibid.*, p. 33, n. 4.

²⁷⁹ *Ibid.*, p. 152.

directivas" son variadas y ambiguas: "es el deber de", "tiene que", "está obligado a", "es responsable de", "puede", "tiene derecho", "está autorizado", etcétera.²⁸⁰ Esta ambigüedad y la carga ideológica de las expresiones lo llevan a intentar mejorar el uso de tal terminología, proponiendo una nueva que revela las relaciones lógicas entre tales términos. Esta terminología mejorada es presentada en una tabla que sigue en líneas generales a la elaborada por Hohfeld.

Aunque no es este el lugar para exponer las ocho modalidades —deber, libertad, facultad, no-facultad, sujeción, inmunidad, competencia e incompetencia—, es oportuno recalcar que las cuatro primeras se refieren a las normas de conducta y las cuatro siguientes a las normas de competencia. Sin embargo, ambos grupos "son lógicamente reducibles entre sí" y como además las segundas pueden expresarse en términos de las primeras "se sigue de ello que las ocho pueden ser reducidas a términos de deber. Si definimos esta palabra todas las otras quedan definidas".²⁸¹

De conformidad con lo anterior no parece exagerado afirmar que la función primitiva y originaria de las normas jurídicas es establecer deberes y que todas las demás funciones normativas son reducibles lógicamente a ésta. Con objeto de notar una importante diferencia con la teoría pura conviene señalar que el término "deber" es definido no como aplicable a situaciones en que una persona puede ser objeto de una sanción, sino sólo a aquellas en que "la reacción es vivida como una desaprobación social, y la sentencia, por ende, como un estímulo para el cumplimiento del deber". De este modo cree Ross salvar la función ideológica tradicional del término, aunque con ello no pueda ya hablar de deber en los casos de excusable imposibilidad de cumplimiento o en los de responsabilidad objetiva.²⁸²

Por último, en relación con la distinción kelseniana entre normas generales y particulares nada se encuentra en este libro, salvo la tesis de que siendo las normas jurídicas aquellas que regulan el ejercicio de la fuerza por los tribunales, "los fenómenos jurídicos que constituyen la contrapartida de las normas no pueden ser otros que las decisiones de los tribunales".²⁸³ Según esto, parecería que el derecho consiste únicamente en normas generales y que lo que Kelsen llama normas individuales son concebidas como fenómenos que comprueban la eficacia del derecho.

En su última obra general *Directives and Norms*,²⁸⁴ Alf Ross se ocupa principalmente de cuestiones de la lógica del lenguaje normativo, comprendiendo aquí semántica y pragmática, teniendo como objetivo funda-

²⁸⁰ *Ibid.*

²⁸¹ *Ibid.*, pp. 155 y ss.

²⁸² *Ibid.*, p. 156 Parecería que siguiendo las líneas de esta definición es posible también dar una definición de "delito" introduciendo el elemento de la desaprobación social y distinguir así, como no puede hacerlo Kelsen, entre pago de una multa y un impuesto. Véase Hart [II].

²⁸³ *Ibid.*, p. 34.

²⁸⁴ Traducida al español como *Lógica de las normas*, Ed. Tecnos, Madrid. Es su última obra general ya que, *On Guilt, Responsibility and Punishment*, Stevens & Sons, London, 1975, es una colección de ensayos.

mental el resolver si los directivos están sujetos a la lógica del mismo modo en que las oraciones en indicativo, lo que constituye, según él, un problema básico de la lógica deóntica. Además de su interés en la lógica deóntica, el libro contiene varias ideas que intentan contribuir a la teoría general del derecho y que constituyen desarrollos de su pensamiento.

En lo que concierne al concepto mismo de norma, su punto de partida es la distinción entre lo que llama “discurso indicativo” y “discurso directivo”, términos que corresponden de alguna manera a las expresiones tradicionales “discurso teórico” y “discurso práctico” o “lenguaje descriptivo” y “lenguaje prescriptivo”.²⁸⁵

De acuerdo con Ross una oración está en discurso indicativo cuando su contenido significativo abstracto, o brevemente, su significado, es un estado de cosas o tópico pensado como real. Este significado, insiste, no es un fenómeno psicológico, sino un fenómeno semántico y es denominado proposición o indicativo.²⁸⁶

Una oración está, en cambio, en discurso directivo cuando su significado es un directivo. Ahora bien, encontrando por un lado imposible el entender lo que quiere decir que un tópico *debe ser* real y, por otro, que es un hecho que proferimientos directivos son usados para influir la conducta, concluye Ross que tales oraciones sólo describen un tópico, en este caso, un tipo de conducta al que presentan como un patrón de conducta o una “idea-acción” para el oyente. Esta idea-acción no tiene por sí misma fuerza motivadora, ésta proviene de las circunstancias en que se profiere, aunque sí le dice al oyente cómo actuar.²⁸⁷ Igualmente anota que el directivo tiene que distinguirse de la forma gramatical que lo expresa y que ésta puede ser muy variada: modo imperativo, oraciones con expresiones deónticas (deber, estar obligado, tener permiso, etcétera), oraciones en modo indicativo. Ninguna forma gramatical es condición necesaria ni suficiente para la presencia de un directivo, su existencia se constata, por así decirlo, después de un análisis semántico.²⁸⁸

Un importante cambio en este enfoque con relación a sus obras anteriores es el abandono del concepto de significado expresivo o sintomático. Expresamente reconoce Ross que, aunque lo utilizó siguiendo a Jorgensen, no es útil porque con él se confundía el análisis semántico del lenguaje con inferencias inductivas de carácter psicológico.²⁸⁹ La distinción entre aserciones y directivos en *Sobre el derecho y la justicia* [II] intentaba ser tanto a nivel semántico, como a nivel pragmático, esto es, tanto en lo relativo al significado como en lo relacionado con el propósito con que son usados ambos tipos de expresiones. La distinción semántica “expresivo-representativo” ha sido abandonada ahora y sustituida por una más clara y elaborada. Al mismo tiempo mantiene ahora Ross que la distinción a este ni-

²⁸⁵ Ross [IV], pp. 7 y ss.

²⁸⁶ *Ibid.*, pp. 10, 12 y ss.

²⁸⁷ *Ibid.*, pp. 34 y ss.

²⁸⁸ *Ibid.*, p. 36.

²⁸⁹ *Ibid.*, pp. 76 y ss.

vel es la fundamental porque determina las correspondientes diferencias a nivel pragmático.²⁹⁰

Con estos elementos se aboca Ross a definir el concepto de norma, adelantando que es un término usado en varias disciplinas: teoría del derecho, sociología, filosofía moral, lingüística y lógica, sin que exista un acuerdo acerca de su sentido. Por principio sostiene el autor que una definición de este concepto para que sea útil en la teoría del derecho y en la ética tiene que satisfacer dos condiciones: 1) conectar a la norma con los directivos, y 2) posibilitar el que pueda afirmarse "que ciertas normas realmente *existen* o que *están en vigor*".²⁹¹

En vista de lo anterior las definiciones que simplemente identifican a las normas con los directivos (H. Ofstad) satisfacen exclusivamente la primera condición, resultando inservibles para las ciencias sociales descriptivas. A estas disciplinas no les interesa la existencia abstracta de los directivos, sino de aquello que consiste en actos sociales. Cuando estas ciencias afirman la existencia de una norma, se refieren a situaciones sociales y no a fenómenos lingüísticos (semánticos, gramaticales o pragmáticos), ni a sus contextos psicológicos pasajeros.²⁹²

Igualmente insuficiente es el intento de definirla como designando únicamente condiciones sociales fácticas cuya existencia se establece observando empíricamente la conducta humana (T. Geiger). Las definiciones de este tipo son incompatibles con otros usos esenciales del término, por ejemplo en enunciados como: "una norma es obedecida", "una norma es aplicada", "una norma es vivida como obligatoria", "una norma está lógicamente conectada con otras formando un sistema de normas", etcétera. Estos usos aluden claramente a un contenido significativo.²⁹³

En virtud de las consideraciones anteriores Ross propone una definición que satisface (1) y (2): "una norma es un directivo que está en una relación de correspondencia con hechos sociales".²⁹⁴ La condición necesaria y suficiente para que un directivo sea una norma es entonces su relación de correspondencia con ciertos hechos sociales; si una norma existe, entonces tales hechos existen.

Para caracterizar la relación de correspondencia, Ross acepta provisionalmente que nos ocupemos sólo de directivas generales o reglas. Esta relación se da si, en general, los miembros de la sociedad a que se refiere la directiva obedecen tal patrón de conducta. A esta condición se añade otra, también necesaria, que en conjunción con la primera constituye una condición suficiente para afirmar la existencia de las normas. Esta segunda condición no se refiere ya a la regularidad de la conducta que se adecua externamente a la regla, sino a la conciencia que han de tener los sujetos de que están obedeciendo una regla y de que están obligados a hacerlo. Esta

²⁹⁰ *Ibid.*, pp. 69 y ss.

²⁹¹ *Ibid.*, p. 78.

²⁹² *Ibid.*, pp. 79 y ss.

²⁹³ *Ibid.*, pp. 80 y ss.

²⁹⁴ *Ibid.*, p. 82.

última condición excluye la posibilidad de que se trate como norma a regularidades observables de conducta humana que tengan carácter biofísico, a usos y hábitos profesionales o sociales que carecen de fuerza obligatoria, etcétera.

Sabemos ya que para Ross la conciencia de obligatoriedad o de validez de un patrón de conducta se prueba por experiencias mentales y reacciones, por una “compulsión interna” que no proviene de intereses o temores y que él mismo describe como una experiencia peculiar que tiene “una marca de inteligibilidad y misterio” y que se expresa verbalmente en términos deónticos. En este punto el autor remite a sus obras anteriores y al penetrante análisis kantiano de la conciencia moral. Estas razones lo llevan nuevamente a descartar la posibilidad de que la mera presencia externa de la amenaza de coerción sea suficiente para establecer la existencia de un sistema de normas jurídicas, pues sólo son contempladas como sanciones aquellas reacciones desagradables sentidas como desaprobación.²⁹⁵

Hecho el análisis precedente se pregunta Ross si puede ampliarse la definición para cubrir las llamadas normas singulares, por ejemplo: una sentencia judicial, un contrato, la orden de un policía. El filósofo danés se adhiere expresamente al uso jurídico que habla de normas particulares, extendiendo por tanto su definición; pero advirtiendo que en ellas la cuestión de la eficacia del directivo es diferente, ya que simplemente es eficaz si se cumple o ineficaz si no es obedecido.²⁹⁶

En lo tocante a las funciones de las normas, el principio del que parte Ross asienta que lo que distingue a una directiva de un indicativo o proposición es el operador que presenta el tópico como patrón de conducta. Este operador “O” se lee: “así debe ser” (por ejemplo: siendo p = pagar impuestos, Op = deber ser el pago de impuestos). En las normas, “obligación” es el símbolo para el operador directivo, aceptándose que *obligación es la categoría directiva fundamental en la cual cualquier norma puede ser expresada*.²⁹⁷

Expresiones jurídicas como “permitir”, “poder” (*may*), *autorizar* y otras similares son analizables en términos de “obligación”. Para probarlo recurre el autor a su tabla de modalidades adaptada de Hohfeld, de la cual resulta como fundamental la modalidad de obligación. Su posición privilegiada “se muestra en el hecho de que mientras es concebible un sistema que contiene únicamente normas afirmativas de obligación, esto mismo no es cierto de la modalidad de la permisión”. Sin normas que obliguen, las normas permisivas no tendrían significado normativo, ya que no podrían guiar la conducta a menos que fuesen excepciones a una norma de obligación. “La función normativa de las normas permisivas es sólo la de indicar, dentro de un sistema, cuáles son las excepciones a las normas de obligación del mismo”.²⁹⁸ La función básica de las normas

²⁹⁵ *Ibid.*, pp. 83 y ss.

²⁹⁶ *Ibid.*, p. 100.

²⁹⁷ *Ibid.*, pp. 116 y ss.

²⁹⁸ *Ibid.*, p. 120.

jurídicas es entonces la de establecer obligaciones y la función de permitir es sólo una función dependiente y subordinada.

En relación con su distinción entre normas de conducta y normas de competencia, retiene su tesis de que las segundas son lógicamente reducibles a las primeras, añadiendo un párrafo de difícil comprensión en el que explica que la reducción se lleva a cabo de este modo: "las normas de competencia hacen obligatorio actuar conforme a las normas de conducta que han sido creadas de acuerdo con el procedimiento establecido por ellas".²⁹⁹ Quizás quiere decir con ello que pueden interpretarse como normas que prescriben a los jueces y a otros órganos cómo deben decidir los casos.³⁰⁰

También mantiene la doctrina de que la distinción entre normas primarias o sustantivas —que establecen las obligaciones de los ciudadanos— y normas secundarias o sancionadoras —que especifican las sanciones y sus condiciones de aplicación— es lógicamente superflua ya que las primarias no contienen nada que no esté ya implicado en las secundarias. Es cierto que añade ahora las normas terciarias o procesales, que establecen otras condiciones para enjuiciar y sancionar, pero éstas son también reducibles a las sancionadoras. Todas ellas, por supuesto, establecen obligaciones —son vividas como válidas— y son reducibles a normas de conducta.³⁰¹

Se vio ya que Ross acepta la existencia, no sólo de normas jurídicas generales, sino también de normas jurídicas singulares. Al hacerlo se limitó a reconocer el uso lingüístico y a dar ejemplos de ellas, sin intentar definir las con precisión. Más adelante, al tratar de los elementos de la norma en general, precisa que el sujeto de una norma está determinado individualmente "cuando es especificado como una clase cerrada, esto es, una clase cuya membresía no puede variar con el tiempo". Por ejemplo: "aquellos que tienen permiso de importación de automóviles a México" especifica una clase abierta que puede aumentar o disminuir con el tiempo. "Aquellos que nacieron el 2 de enero de 1941", por el contrario, especifica una clase cerrada. Las normas que determinan individualmente al sujeto son llamadas "individuales" o "singulares". Si el sujeto no está determinado individualmente, puede estarlo genérica o universalmente. En el primer caso las personas que son miembros de la clase abierta son definidas con arreglo a ciertas propiedades, en el segundo caso todos son miembros de la clase. Si contamos a las propiedades del primer caso como especificativas de la situación y no del sujeto, las normas determinan entonces al sujeto individual o universalmente. Ross reconoce que distinguir la determinación del sujeto y la determinación de la situación es vago y un tanto arbitrario, así por ejemplo: "pescadores de nacionalidad mexicana, mayores de 21 años y con un ingreso anual de más de \$50,000.00" puede ser interpretado de ambas maneras. Por razones de conveniencia teórica, Ross entiende toda especificación de propiedades de una clase abierta, como re-

²⁹⁹ *Ibid.*, p. 118.

³⁰⁰ *Ibid.*, p. 115.

³⁰¹ *Ibid.*, pp. 90 y ss., 114 y ss.

lativas a la situación y no al sujeto.³⁰² No hay que olvidar que esta clasificación está pensada para todas las normas y no corresponde exactamente a la que hizo de las normas jurídicas en singulares y generales. Por los ejemplos proporcionados, las normas jurídicas singulares parecen estar determinadas individualmente, mientras que las generales serían determinaciones genéricas que él contaría como determinativas de la situación, quedando como universales en relación con el sujeto.³⁰³

7. Estructura de la norma jurídica y su relación con la proposición jurídica

Las ideas de Ross sobre este tema han ido tomando mayor claridad en sus obras sucesivas, siendo poco lo que puede encontrarse en *Hacia una ciencia realista del derecho* [I]. En ella no se distingue terminológicamente entre norma y proposición jurídica; se habla, en cambio, de “proposición jurídica positiva” y de “proposición dogmática” para referirse a las normas, y de “proposición jurídica como proposición científica” para aludir a la proposición que forma parte de la ciencia jurídica y no del derecho positivo.³⁰⁴

En el epígrafe llamado “Derecho y ciencia del derecho” confronta el autor las dos posiciones extremas, exponiendo los razonamientos que las sustentan y los cuales pueden esquematizarse del siguiente modo: para Kelsen tendríamos: 1) la proposición jurídica positiva es normativa, por lo tanto, 2) la proposición jurídica científica, siendo acerca de normas, es también normativa. Con ello la ciencia jurídica queda catalogada como ciencia normativa. En el otro extremo la teoría realista americana sostiene: 1) la proposición jurídica científica es descriptiva de una situación real, por lo tanto, 2) la proposición dogmática es descriptiva, es la predicción de una cierta conducta probable en el futuro.

En opinión del autor, ambos puntos de partida son correctos pero sus inferencias yerran “porque provienen de una falsa premisa común, la presuposición de que las proposiciones del derecho positivo y de la ciencia del derecho tienen la misma estructura..., de que el derecho y la ciencia del derecho están en el mismo plano”. La solución es ya conocida, las normas jurídicas tienen “un propósito especial de tipo normativo o significativo de validez...”, mientras que la ciencia del derecho no es normativa sino de hechos.³⁰⁵

Ciertamente que contando únicamente con estas afirmaciones nada se sabe acerca de la estructura de la norma jurídica ni de la proposición jurídica. Más aún, surge la sospecha de que existe una confusión entre la es-

³⁰² *Ibid.*, pp. 106 y ss.

³⁰³ *Ibid.*, p. 110, n. 2.

³⁰⁴ Ross [I], pp. 114 y ss.

³⁰⁵ *Ibid.*, p. 120. El subrayado es mío.

estructura y la función, ya que en última instancia la distinción hecha en el texto utiliza como criterio el propósito normativo.

Como la relación entre normas y proposiciones jurídicas es un aspecto del problema de la relación entre el derecho y la ciencia del derecho, a partir de lo que ya sabemos sobre esta última cuestión, podemos inferir que para Ross tal relación sólo puede ser, en último análisis, la que existe entre los fenómenos y las proposiciones que los describen.

Esta postura varió considerablemente en [II]. Si bien en el prólogo postula como una de las tesis básicas el rechazo de la idea "de que el conocimiento jurídico constituye un conocimiento normativo específico, expresado en proposiciones de *deber ser*..."⁸⁰⁶ reafirmando que es una ciencia empírica integrada por proposiciones de *ser*,⁸⁰⁶ pronto se plantea la cuestión de la relación entre las normas jurídicas y las "proposiciones doctrinarias". Empieza por señalar que hay una diversidad radical entre ambas. Las normas, dice, son "directivas (alógicas)" y las segundas son aserciones (lógicas) que expresan que ciertas directivas son derecho válido.⁸⁰⁷ A continuación pasa revista a dos posturas que tienden a confundirlas; por un lado, la teoría que funde a la norma y a la proposición jurídica, considerando a ambas con la misma naturaleza cognoscitiva (Carlos Cossío); por otro lado, quienes hablan de la ciencia del derecho como "conocimiento normativo". Esta designación puede querer decir tres cosas: 1) la ciencia del derecho establece normas; 2) la ciencia jurídica se expresa mediante normas, aunque no las establece, y 3) que es un conocimiento acerca de normas. La primera tesis es la juralista, la segunda se la atribuye a los primeros trabajos de Kelsen y la última sería el único significado sostenible de la expresión "conocimiento normativo", aunque "la palabra 'normativo', entendida en este sentido, no es lingüísticamente apropiada puesto que naturalmente sugiere el significado (1) o el significado (2)".⁸⁰⁸ Posteriormente se ampliará la objeción de Ross y se confrontará con la tesis kelseniana, pero es ya notorio que al decir que en sus obras posteriores Kelsen "apunta claramente a una distinción entre la norma jurídica como prescriptiva y la proposición doctrinaria... como descriptiva",⁸⁰⁹ las posiciones de ambos aparecen menos distantes de lo que presagiaba la clara alusión hecha a Kelsen en el prólogo.

Con relación a los elementos y estructura de las normas jurídicas, muy poco se encuentra en esta obra, aun cuando a partir de ciertos pasajes puede construirse una semblanza de la forma en que la teoría de Ross contempla la estructura de las normas jurídicas. Aclarado que ellas son directivas al juez, escribe Ross, "una norma jurídica puede ser reformulada" de la siguiente manera: D (si H, entonces C)", en donde D simboliza un directivo, al juez; H, el conjunto de hechos condicionantes, y C, las consecuencias jurídicas. El sentido de la directiva es que "cuando se da H su

⁸⁰⁶ Ross [II], p. xiv.

⁸⁰⁷ *Ibid.*, p. 9, n. 29.

⁸⁰⁸ *Ibid.*, pp. 10 y ss.

⁸⁰⁹ *Ibid.*, p. 11.

sentencia será C".³¹⁰ Si la ciencia jurídica se limitara a reformular normas vigentes, "todas las proposiciones doctrinarias podrían ser formuladas de acuerdo con ese esquema", pero no siendo este el caso, ya que su tarea va más allá y consiste en conceptualizar y sistematizar las normas, Ross sugiere para ello una técnica de reformulación que simplifica la tarea respetando los elementos H y C, pero añadiendo un símbolo variable que "representa la conexión sistemática", por ejemplo P para "propiedad".³¹¹

No es este el lugar para analizar esta "técnica de presentación" introducida por Ross, lo interesante de las afirmaciones anteriores es que para él la fórmula canónica de una norma jurídica, es un hecho condicionante y una consecuencia jurídica vinculados por un operador D que prescribe al juez el contenido de su sentencia. Si se tiene presente que las sentencias del juez están casi siempre garantizadas con el ejercicio de la fuerza del estado, resulta un esquema muy similar al de Kelsen. El esquema de las proposiciones jurídicas sería, en principio, el mismo de las normas, aunque para salvar a Ross de la inconsistencia de confundir norma y proposición, habría que añadirle la "A" que equivale a la aserción "D es derecho vigente", en donde D es, por ejemplo, una ley.³¹² En suma, aunque la sistematización reduzca y simplifique la descripción del orden jurídico, la forma típica de la norma y de la proposición quedan, como se expuso, muy cerca de la estructura de la proposición jurídica kelseniana de "Si A es, debe ser B".

Sobre los elementos de la norma y sobre la distinción entre normas hipotéticas y categóricas no se encuentra nada, salvo una mención al hecho de que las normas categóricas son las consideradas válidas en sí mismas, independientes de todo interés o actitud subjetivos, de lo que podría inferirse que las normas jurídicas son hipotéticas en virtud de las emociones y actitudes que integran su validez.³¹³

Al consultar [IV] pueden recogerse varias afirmaciones sobre la estructura de las normas y de las proposiciones jurídicas que redondean la visión del filósofo escandinavo. Conviene para la elucidación de sus tesis tener presente la clasificación de las normas conforme a la situación de su aplicación, sin olvidar que toda determinación del sujeto por medio de propiedades que constituyen una clase abierta, cuenta como determinación de la situación.³¹⁴

³¹⁰ *Ibid.*, p. 164. La traducción española dice "debe ser", pero el texto inglés dice *shall be*. Aun cuando esto pareciera importante, se debe tener presente que el directivo implica ya de algún modo la noción de deber ser.

³¹¹ *Ibid.*, pp. 164 y ss.

³¹² *Ibid.*, p. 38.

³¹³ *Ibid.*, p. 292.

³¹⁴ No está claro qué propiedades determinantes definen la clase abierta, en contraposición con la determinación del sujeto de manera universal "comprendiendo absolutamente a todos". La clase universal "todos absolutamente" también estaría determinada por una propiedad que Ross no menciona y que quizá fuera al de "ser humano", pero existen otras lógicas y empíricamente equivalentes y otras semejantes, por ejemplo la kantiana "ser racional".

La situación es determinada por la norma individualmente; si es definida como una clase cerrada. Estas son llamadas "normas ocasionales". Si la situación es definida como clase abierta, la determinación es genérica (sin indicaciones temporales). Estas normas son llamadas "reglas hipotéticas". Por fin, si la norma ha de ser aplicada bajo todas las circunstancias o condiciones, es una "regla categórica".³¹⁵ La combinación de las dos clasificaciones produce seis posibilidades, pero lo que interesa aquí son las consecuencias con respecto a la estructura de las normas jurídicas.

De lo anterior se desprende que la estructura hipotética o categórica depende de las circunstancias de aplicación. Excluyendo las condiciones lógicamente implicadas por el tema, si la norma depende de las circunstancias en su aplicación, será hipotética. Si, en cambio, se aplica en toda circunstancia, será categórica. Toda norma es entonces categórica o hipotética, tratándose de una clasificación exhaustiva y mutuamente excluyente. Como según la clasificación, todas las normas ocasionales son hipotéticas, por estar sujetas a una especificación temporal que las condiciona, quedan sólo dos tipos de normas categóricas: a) reglas categóricas individuales, por ejemplo "a Juan Pérez le está prohibido entrar a la cantina El Tenampa en todas las circunstancias", y b) reglas categóricas universales, que Ross ejemplifica con "todos están obligados a no matar nunca a otra persona".³¹⁶ El caso (b) evoca al imperativo categórico kantiano, una norma dirigida a todos y que no depende de ninguna condición o circunstancia. Es claro que ningún orden jurídico conocido pareciera contener normas de este tipo (aun cuando quizá en el orden jurídico internacional pudieran encontrarse candidatos). En cuanto al caso (a), los ejemplos que vienen de inmediato a la mente son sentencias judiciales, órdenes administrativas y, quizás, contratos individuales que obligan incondicionalmente. De nuevo, la conclusión es muy similar a Kelsen.

Páginas más adelante propone Ross una formalización de las "implicaciones deónticas", las cuales desempeñan un papel importante tanto en el lenguaje jurídico como en el cotidiano. Distingue previamente entre la implicación "interna", simbolizada $O(P \rightarrow q)$, y la "externa", representada como $O(p) \rightarrow O(q)$. En la segunda formulación el establecimiento de una obligación se liga con el establecimiento de otra, situación que califica como muy frecuente en el lenguaje jurídico: "todo el que tenga la obligación de registrarse, deberá pagar un impuesto al momento de su registro". Esta situación no interesa en este apartado, ya que representa la vinculación de dos normas, pero en cambio es revelador lo que escribe sobre la implicación interna. De ésta ofrece dos definiciones difícilmente compatibles. Dice primero que "la fórmula $O(p \rightarrow q)$, significa que se requiere del agente que actúe de modo tal que la implicación $p \rightarrow q$ devenga

³¹⁵ Ross remite a Von Wright, en la observación de que el tema de la norma, por ejemplo, "cerrar la ventana" supone lógicamente la circunstancia de que la ventana está abierta. Ross [IV], p. 111, n. 1.

³¹⁶ *Ibid.*, p. 112.

verdadera”,³¹⁷ para decir después que la misma fórmula “significa por lo tanto la obligación de hacer $q - 0(q)$ — bajo la condición que p ”,³¹⁸ Que las dos versiones no coinciden puede mostrarse fácilmente, sin embargo, con un ejemplo: supóngase la siguiente orden del sacerdote de una tribu a su ayudante: “si llueve, sacrifique a la víctima”. Con la primera versión el ayudante cumpliría matando de inmediato a la víctima, dado que una verdad trivial de la lógica proposicional es que un condicional de la forma $p \rightarrow q$ es verdadero siempre que su consecuente es verdadero. Bajo la segunda versión, esta conducta no representaría el cumplimiento de dicho directivo. La ambigüedad se mantiene, si no es que aumenta, al ver el ejemplo de Ross: si Pedro ha hecho una promesa, está obligado a mantenerla. En primer lugar porque Ross dice que “ p ” representa “Pedro ha hecho la promesa”, y “ q ”, “Pedro está obligado a mantener la promesa que ha hecho”. Aquí se da por hecho, esto es, por verdadero, el antecedente, con lo cual la posibilidad de hacer verdadera la implicación se reduce a una, esto es, la verdad del consecuente. Empero, los enunciados condicionales se limitan a afirmar que si p entonces q y son falsos únicamente en el caso en que p es verdadero y q falso, siendo verdaderos en todos los demás. Además, el ejemplo es infeliz porque puede argumentarse plausiblemente que ya desde el punto de vista conceptual el significado de prometer implica el de obligarse, no tratándose entonces de una obligación sujeta a una condición diferente al mero acto de contraerla, esto es, prometer.³¹⁹

Aparte de esta confusión lo relevante para la estructura de las normas jurídicas es que, con relación a la implicación interna, Ross escribe sorprendentemente que “es usada en toda regla y en toda norma ocasional universal”.³²⁰ La fórmula propuesta $0(p \rightarrow q)$, especialmente en su segunda definición, alude claramente a normas hipotéticas, esto es, condicionadas. Si recordamos que las llamadas por él “reglas” son normas que determinan la situación de manera genérica o universal, siendo hipotéticas las primeras y categóricas las segundas,³²¹ no es comprensible, como dice ahora, que toda regla tiene la estructura condicional. Tampoco se entiende por qué razón toda norma ocasional universal tiene esta estructura, y nada dice de las normas ocasionales individuales. Como asentamos anteriormente, ambas tienen una estructura condicionada y no se alcanza a ver el motivo de esta afirmación del jusfilósofo danés. Como quiera que esto sea, la estructura de las normas jurídicas se confirma como hipotética o condicionada en la mayoría de los casos.

Al final de su libro es posible encontrar también afirmaciones que su-

³¹⁷ *Ibid.*, p. 165.

³¹⁸ *Ibid.*, p. 168.

³¹⁹ El caso de la promesa ha sido analizado con detalle por Searle y por Hare. Véase *The Is-Ought Question*, ed. por W. D. Hudson, Macmillan, London, 1969. También recientemente Raz [VIII].

³²⁰ *Ibid.*, p. 164.

³²¹ *Ibid.*, p. 111.

gieren las ideas albergadas por el autor con relación a la estructura de las proposiciones jurídicas, su significado y su vinculación con las normas. La lógica deóntica, puede leerse, se ocupa de los directivos que prescriben una obligación $O(p)$, pero a ellos les "corresponde" un indicativo que "expresa el hecho de que $O(p)$ existe o está vigente (*in force*) en el orden normativo N " y que simboliza como $O(p) \in N$ (pertenencia al conjunto N) o como $F[O(p)]$.³²² Es importante recordar para más adelante que la estructura de la proposición es semejante a la de la norma, más el símbolo F que alude a la pertenencia de la norma a un sistema, o a su vigencia, sin que Ross haga ninguna distinción entre ambos calificativos.

Por último, aunque su libro contiene un análisis de los elementos de la norma en general, es indudable que muchas afirmaciones están pensadas con el modelo de las normas jurídicas a la vista. Por este mismo, lo que se asevera respecto a los elementos constitutivos de la norma, puede extenderse a la norma jurídica. Brevemente reseñamos que en su opinión dichos elementos han de restringirse a aquellos que constituyen el significado de la norma, excluyendo las condiciones sociales de que depende su existencia y su génesis, por ejemplo, lo relativo a su promulgación y a las autoridades o sanciones que la respaldan.³²³

Los elementos se dividen en los que describen o especifican la idea-acción y los que indican que es presentada como patrón de conducta. Los primeros son: 1) el que determina el *sujeto* a quien se dirige la norma, el cual tiene que estar explícitamente indicado en la formulación de la norma; 2) el que indica la *situación* en que la norma debe ser seguida; y 3) el que sirve para indicar cómo debe actuar el sujeto en tal situación, esto es, el *tema* de la norma. El cuarto elemento, que indica que la idea-acción es presentada como debiendo ser, está representado por el operador "*d*" ("*así debe ser*") y ya fue analizado en la sección de las funciones de la norma.³²⁴

8. El sistema normativo según Ross

Aquí es aconsejable nuevamente empezar por lo que Ross consideró como el punto de vista corriente en *Hacia una ciencia realista del derecho* [I]. El derecho positivo o vigente era caracterizado como un sistema de reglas generales, determinadas mediante características externas respecto a su génesis. Por ser positivo estaba establecido históricamente y "no deriva su validez de principios racionales, sino de una autoridad históricamente dada". Estas reglas no eran sólo válidas, sino que en general eran eficaces.³²⁵ Sabemos ya cómo Ross ha reinterpretado la noción de validez, por lo que no nos detendremos a repetirlo. Sin embargo, aun

³²² *Ibid.*, p. 182.

³²³ *Ibid.*, pp. 106 y ss.

³²⁴ *Ibid.*

³²⁵ Ross [I], pp. 25 y ss.

después de la reinterpretación pueden plantearse el problema si el derecho positivo es o no un sistema para Ross.

Por lo pronto es claro que rechaza la idea de lo que Kelsen llamó un “sistema estático”. Expresamente dice que es falso que el derecho sean proposiciones y que las decisiones judiciales sean su “aplicación lógica”. Las sentencias no son una mera inferencia de las reglas generales.³²⁶ Postergando por un momento la cuestión de la norma básica, es claro que tampoco aceptaría la tesis de que fuese un sistema “dinámico”, así fuera derivado de una constitución positiva. Su argumento sería que no es posible localizar las fuentes del derecho en procedimientos estrictamente formales. A partir de las decisiones judiciales, Ross muestra que éstas se encuentran motivadas por dos grupos de factores: las reglas formales, válidas y pre-existentes por un lado, y las consideraciones materiales de tipo práctico e ideológico, que si bien no tienen en sí la garantía de la legalidad, la adquieren por su aplicación. Clasificando estas fuentes, dice que serían: a) la legislación, esto es, normas positivas establecidas por una autoridad competente; b) la costumbre, directivos “semiobligatorios y semiestablecidos” que surgen de los precedentes, y c) la equidad, como las consideraciones libres e inarticuladas que surgen de actitudes de todo tipo: deseos, intenciones, prejuicios e ideologías.³²⁷ Sin embargo, para no ceder totalmente al realismo sociológico, advierte que no es posible ahuyentar “toda noción de validez del concepto del derecho” y por ello, de estos factores de motivación son eliminados como fuente de derecho los que no expresen una “tendencia común y socialmente determinada hacia una cierta regularidad, sino exclusivamente como expresión de una actitud individual del juez y no se viven como llevando el sello de validez jurídica”. Con esto elimina lo que llama la “arbitrariedad”.³²⁸ El derecho no es todo aquello que opera sobre los órganos jurídicos y se convierte en eficaz, sino lo que además es válido, esto es, es vivido como obligatorio. Esta validez difiere considerablemente de la validez formal kelseniana. El que no sea un sistema dinámico no es, empero, la última palabra. Ross reconoce en estas páginas que “el sentimiento de validez jurídica se asocia continuamente con la noción de que el derecho es un orden social común por encima del individuo...”³²⁹ Ross oscila entre considerar al derecho como norma y como mero fenómeno; la primera posición facilita la explicación del derecho como un sistema o un orden, la segunda la imposibilita. En la medida en que Ross se acerca más al realismo empirista, la noción de sistema se esfuma gradualmente.

La postura de Ross se refleja claramente en el problema del fundamento del orden jurídico. La tesis normativista, representante del racionalismo, soluciona el problema mediante una norma básica (Kelsen) como fuente suprema de la validez; la tesis sociológica empirista ve en las costumbres

³²⁶ *Ibid.*, pp. 136, 140 y ss., 174.

³²⁷ *Ibid.*, pp. 115 y ss.

³²⁸ *Ibid.*, pp. 160 y ss.

³²⁹ *Ibid.*, p. 161.

reales las últimas fuentes de la realidad jurídica. Aquí, como en cuestiones anteriores, ambas posiciones se ven envueltas en antinomias y cada una de las tesis supone la adversa, cayendo en el dualismo. Las preguntas ¿qué norma fundamental es real? y ¿qué costumbre es válida?, precipitan a cada teoría en brazos de su opositora.³³⁰

Fiel al programa de esta obra [I], cuyo subtítulo es *Crítica del dualismo en el derecho*, Ross busca la solución dentro de su monismo realista. Al contemplar al derecho como validez *a priori*, la fuente del conocimiento jurídico tiene que ser la razón pura. Al contemplarlo como hecho empírico, el único modo de conocerlo es la experiencia. Ambas visiones están equivocadas. "El sistema jurídico, anota Ross, descansa en cada una de sus partes en una integral creencia en su validez, y además, en muchas de sus partes sobre una compulsión que se relaciona con aquella."³³¹ Ahora que, si la validez ha sido redefinida como referente a hechos psicosociales, el conocimiento de los fenómenos jurídicos, como el de todos los fenómenos "sólo puede ser obtenido a través de la experiencia de los fenómenos psicosociales. Por tanto, el conocimiento jurídico no presenta un problema epistemológico específico, y resulta absurda toda concepción de la fuente del derecho como una base epistemológica específica".³³² El problema del fundamento del orden jurídico es independiente del problema del conocimiento del derecho y es más bien un problema de las fuentes del mismo. En última instancia, el derecho se apoya en creencias y actitudes que Ross llamará más tarde ideología.

En *Sobre el derecho y la justicia* [II], la postura realista se ha matizado al introducir el concepto de norma con mayor firmeza, dándole ya la calidad de entidad lingüística, que aunque carecen de significado representativo, tiene una función y un "contenido lógico", constituyendo además uno de los dos aspectos esenciales del derecho. Con esos supuestos, Ross habla ahora de los diversos órdenes jurídicos nacionales como de conjuntos individuales de normas que constituyen un todo coherente de significado y los califica como sistemas.³³³ Aun cuando no aclara en qué consiste este carácter sistemático del derecho, se puede reconstruir más o menos lo que tiene que decir respecto al problema de cómo identificar a las normas que pertenecen a dichos conjuntos y de cómo están relacionadas las normas entre sí. Igualmente, encontramos pasajes en que se refiere a las cuestiones del fundamento y de la existencia de los sistemas jurídicos.

Con respecto a los criterios de identificación dice: la coherencia de significado, interna a un orden jurídico nacional visto como un todo, "determina qué es lo que queda incluido dentro de ese todo".³³⁴ Adviértase que como considera que la definición del concepto del derecho no es necesaria para hacer ciencia jurídica, concluye que, así como no hay dificul-

³³⁰ *Ibid.*, pp. 142 y ss.

³³¹ *Ibid.*, p. 125.

³³² *Ibid.*, p. 155.

³³³ Ross [II], p. 30.

³³⁴ *Ibid.*, p. 30.

tad para identificar las reglas del ajedrez, sin confundirlas con las del “tenis, del fútbol o del bridge”, así tampoco hay normalmente ninguna dificultad para “determinar si una regla es parte del derecho nacional o si pertenece a un sistema diferente de normas, por ejemplo, a otro orden nacional, a las reglas del ajedrez o a la moralidad”.³³⁵ Al explicitar cómo es que el sistema individual que constituye un orden jurídico nacional está determinado por una “coherencia interna de significado”, recurre primero al modelo del ajedrez. ¿Cómo sé cuáles son las reglas del ajedrez? Si conozco a qué juego se le llama “ajedrez”, tal coherencia está dada por el hecho de que serán reglas del ajedrez, todas aquellas que se refieran a las movidas hechas por los jugadores. Igualmente, si las normas jurídicas han de constituir un sistema, es porque ellas se refieren a personas y acciones definidas, y para identificar estas acciones y personas tengo que recurrir, según Ross, a “un análisis de las reglas comúnmente consideradas como un orden jurídico nacional, a quiénes están dirigidas y cuál es su significado”.³³⁶ En otras palabras, se podría parafrasear la solución de Ross de la siguiente forma, a quien pregunte: ¿cuáles son las reglas del ajedrez?, hay que contestarle: las que de hecho usen los jugadores del ajedrez; y a quien pregunte ¿cuáles son las normas que pertenecen al orden jurídico dinamarqués?, Ross le contestaría en los términos en que habla en su texto: “un orden jurídico nacional... puede ser definido como el conjunto de normas que efectivamente operan en el espíritu del juez, porque éste las vive como socialmente obligatorias y por eso las obedece”.³³⁷

Curiosamente, en esas mismas páginas Ross plantea el problema de la existencia de un sistema jurídico o, en sus palabras, de su vigencia, afirmando que la condición es que “pueda servir como esquema de interpretación para un conjunto correspondiente de acciones sociales, de tal manera que se nos hace posible comprenderlas como un todo coherente de significado y motivación...” añadiendo que esta aptitud del sistema “se funda en el hecho de que las normas son efectivamente obedecidas, porque se las vive como socialmente obligatorias”. Ahora bien, tales acciones son las decisiones de los tribunales, destinatarios reales de las normas jurídicas, y por tanto en estas decisiones “tenemos que buscar la efectividad en que consiste la vigencia del derecho”.³³⁸

Las afirmaciones anteriores muestran que en Ross la cuestión de qué normas pertenecen a un sistema y la de qué normas están vigentes o existen, difícilmente pueden distinguirse. El criterio para identificar al sistema y determinar sus normas rezaría más o menos así: un sistema contiene todas y sólo las normas que efectivamente operan en los jueces. El criterio de existencia o vigencia diría: un sistema jurídico existe sólo si es eficaz, es decir, si es aplicado de hecho por los órganos. El inquirir por el motivo de esa confusión nos ayudará a comparar esta solución de Ross con las de

³³⁵ *Ibid.*, pp. 30 y ss.

³³⁶ *Ibid.*, p. 32.

³³⁷ *Ibid.*, p. 34. Ross llama “juez” a todo órgano que previene y castiga delitos.

³³⁸ *Ibid.*

otros teóricos como Austin y Kelsen. En ellos el criterio de identificación de un sistema radica en el principio u origen de las normas —el soberano y la norma básica respectivamente—, un ente social (hombre o grupo), en un caso, una entidad teórica en el otro. Ambos, empero, a través de una cadena formal de validez unifican y retrotraen las normas a una fuente formal única. Cuando en Ross la influencia del empirismo es preponderante (el cual va cediendo, sin embargo, terreno al normativismo), contempla únicamente las denominadas fuentes reales —la legislación, la costumbre y, ahora en lugar de la equidad, la razón o tradición de cultura—,³³⁹ sin poner ninguna atención en el origen formal. De este modo el origen son los hechos psicosociales que en última instancia constituyen el derecho en acción. Saber cuál es el derecho en acción es saber si está vigente.

Cuando está dominado por esta perspectiva, Ross plantea el problema del fundamento del orden jurídico en términos de averiguar cuáles son las condiciones que hacen posible su eficacia. A esto responde que: "jamás sería posible edificar un orden jurídico eficaz si no existiera dentro de la magistratura un sentimiento vivo y desinteresado de respeto y obediencia hacia la ideología jurídica en vigor".³⁴⁰ Por esto mismo, la base del orden jurídico no es el poder, todo poder político es competencia jurídica y el aparato del estado está condicionado por factores ideológicos.³⁴¹ Esta ideología la caracteriza Ross como un conjunto de directivas que no se refieren al modo como ha de resolverse una controversia jurídica, "sino que indican la manera en que debe proceder el juez para descubrir la directiva o directivas que son decisivas para la cuestión en debate". Esta no es arbitraria, sino una ideología común "activa y presente en el espíritu de los jueces" que constituye el fundamento del orden jurídico.³⁴² En este contexto se repiten sus argumentos contra Kelsen, la validez de la norma básica ya no puede determinarse formalmente por lo que hay que recurrir a la realidad del orden jurídico eficaz para elegirla. A esta altura tal norma sólo otorga la validez que exige la propia interpretación metafísica kelseniana, ya que nadie sabe en qué consiste tal validez.³⁴³

Bien pronto se ve, no obstante, que no es ajena a Ross, ni mucho menos, una perspectiva nomativista. Esto resulta particularmente claro al plantearse la cuestión de las relaciones entre normas. Obviamente que el aspecto fenoménico del derecho, lo que él llama el derecho en acción, sólo da lugar a relaciones causales entre dichos fenómenos. Empero, en otras partes, al considerar las relaciones entre normas habla de relaciones lógicosemánticas. Por ejemplo, al ponderar el argumento que excluiría del orden jurídico a las normas de competencia, en virtud de no estar respaldadas por la fuerza, aduce que sería absurdo negarles el carácter jurídico "porque

³³⁹ Véase cap. III donde amplía la tesis de su libro anterior.

³⁴⁰ *Ibid.*, p. 53.

³⁴¹ *Ibid.*, p. 57.

³⁴² *Ibid.*, pp. 73 y 74.

³⁴³ *Ibid.*, pp. 68 y ss.

dichas normas... se hallan en una indisoluble cohesión de significado con las normas de conducta directas".³⁴⁴

Estas no serían las únicas relaciones estructurales que se encontrarían entre las normas, aun más interesante es el caso de lo que llama el autor "el complicado sistema de autoridades de diverso nivel". Una ley recibe su autoridad de las normas de competencia que definen las condiciones bajo las cuales su promulgación tendrá fuerza legal. Tales condiciones son formales cuando definen el procedimiento e identifican a las personas competentes para tal acto. Son materiales cuando definen el contenido de la norma que puede ser promulgada mediante tal procedimiento. Pero estas normas de competencia constituyen a veces nuevas autoridades que, a su vez, pueden ser competentes para establecer otras autoridades. De este modo se establece una relación que llamaríamos de jerarquía o de delegación, la cual Ross advierte que conduce necesariamente a una autoridad suprema, constituida conforme a un conjunto de reglas que ya no fueron creadas por ninguna autoridad; tales normas de la más alta competencia "tienen que ser presupuestas".³⁴⁵ Tratando de ser congruente añade que "tienen que existir como una ideología presupuesta".³⁴⁶

En este momento surge dentro de su modelo un problema curioso al que Ross dedicará muchas reflexiones y que lo llevará más tarde a una solución sorprendente. Pensemos en el artículo 135 de nuestra Constitución Federal.³⁴⁷ Esta norma establece un órgano competente para adicionar o reformar "la presente Constitución". Ahora bien, dice Ross, esta autoridad suprema o poder constituyente está instituido por reglas del artículo 135 que "encarnan el más alto presupuesto ideológico del orden jurídico (norteamericano) ... y no pueden ser reformadas por ninguna autoridad". A la objeción obvia de que existe la posibilidad jurídica de reformarlo ajustándose al propio artículo, contesta Ross diciendo que el que una norma determine las condiciones de su propia creación o el modo en que puede modificarse, es "una imposibilidad lógica". Este vicio de la "reflexividad" por el cual una proposición se refiere a sí misma es, dice Ross, generalmente reconocido por los lógicos y se remite a la opinión de Jorgensen. De lo anterior se sigue que la Constitución no puede establecer las condiciones de su propia reforma y que el artículo 135 no es, lógicamente, parte de la Constitución, sino "derecho presupuesto".

Para hacer comprensible su argumento lo ejemplifica con la siguiente situación: si el artículo 135 se modificara mediante el procedimiento que él mismo establece, decidiéndose que en el futuro las legislaturas de los Estados tuvieran que aprobar las reformas por mayoría de dos tercios, en lugar de la simple mayoría del texto actual, el nuevo artículo no podría

³⁴⁴ *Ibid.*, p. 52.

³⁴⁵ *Ibid.*, pp. 77 y ss.

³⁴⁶ *Ibid.*, p. 78.

³⁴⁷ Aunque Ross usa el ejemplo del artículo V de la Constitución norteamericana, el contenido es similar para los efectos del argumento y lo mismo puede decirse de muchas disposiciones en otras constituciones.

ser considerado como derivado del anterior, pues esto supondría que sigue teniendo validez y que, en consecuencia, el 135 bis puede reformarse mediante el mismo procedimiento que lo creó. Ciertamente es, reconoce Ross, que los políticos y juristas sostendrían que el modo lícito de reformar el artículo 135 es el establecido por él mismo, pero esto es un "hecho sociopsicológico que ha de ejercer una gran influencia en el curso efectivo de la vida política" y no constituye una razón para modificar el análisis lógico anterior. En resumen, se puede generalizar diciendo que "todo sistema de derecho legislativo... se basa necesariamente en una hipótesis inicial que constituye a la autoridad suprema, pero sin haber sido creada por ninguna autoridad. Sólo existen como una ideología política que forma el presupuesto del sistema. Todo cambio en ella, es decir, toda transición de un sistema a otro es... un cambio fáctico sociopsicológico en la ideología política dominante y no puede ser descrito como creación jurídica mediante un procedimiento."⁸⁴⁸

En relación con los problemas conectados con la noción de sistema, se encuentran precisiones y desarrollos en algunos artículos escritos después de este libro. En el primero de ellos intitulado "El concepto de la validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural",⁸⁴⁹ distingue tres funciones y significados de la palabra "validez": a) usada en las exposiciones dogmáticas del derecho vigente para indicar si un acto jurídico tiene o no los efectos jurídicos deseados. Es una función interna porque afirmar que un acto es válido es afirmar algo, según un sistema de normas dado, es aplicar normas a hechos; b) usada en teoría general del derecho para indicar la existencia de una norma o de un sistema de normas; significa existencia efectiva o realidad. Es una función externa porque al predicar validez de una norma o de un sistema, afirmamos algo acerca de ellos. A diferencia del caso anterior, el anunciado que lo afirma no es un "juicio jurídico" sino un enunciado fáctico que se refiere a hechos sociales; y c) en ética y en la doctrina jurnaturalista "validez" alude a una cualidad apriorística, específicamente moral o "fuerza obligatoria" que se le atribuye al derecho y que da lugar a una obligación moral.⁸⁵⁰

En términos generales el uso (b) equivale a existencia o eficacia. Al predicar la validez de una norma o sistema afirmamos que suceden hechos sociales complejos, que incluyen condiciones psicológicas. Esto no impide que pueda ser difícil definir exactamente qué hechos y cómo se verifican, pero no tiene ninguna connotación moral. El uso (c), en cambio, no cumple ninguna función descriptiva ni explicativa de la realidad. Su función es ideológica en tanto refuerza la autoridad del estado otorgándole fuerza moral a sus normas. El uso (a) "es bien conocido por todos los abogados" y Ross remite a su libro anterior y al de Hart.⁸⁵¹

⁸⁴⁸ *Ibid.*, pp. 79 y ss.

⁸⁴⁹ Apareció originalmente en texto bilingüe en la *Revista Jurídica de Buenos Aires*, IV, 1961, y fue editado después en una colección *El concepto de validez y otros ensayos*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1969.

⁸⁵⁰ *Op. cit.* en la nota anterior, pp. 25 y ss.

⁸⁵¹ *Ibid.*, pp. 27, 30 y ss.

En otro de sus artículos, “Sobre la autorreferencia y un difícil problema de derecho constitucional”,³⁵² Ross replantea el problema acerca del fundamento del sistema jurídico. Llegados a una autoridad suprema, A, cuya competencia no deriva de ninguna otra y está constituida por una o varias reglas de competencia C, que son “su norma básica”, qué significa que C no es creada por ninguna otra autoridad?, ¿cómo establecer en ese caso la existencia de C? Al filósofo de Copenhague le parecen posibles sólo dos respuestas que son, por desgracia, inaceptables: 1) C es derecho creado por A misma, y 2) no es derecho creado y esto significa que su validez jurídica no puede ser derivada de la validez de ninguna norma. Es un hecho originario, un presupuesto de la validez de las otras normas del sistema.³⁵³

El caso es ilustrado ahora con el artículo 88 de la Constitución danesa de 1953, al que llama “norma básica del orden jurídico danés”, pero como para los efectos del argumento es sustituible usaremos nuestro artículo 135. La respuesta (1) diría entonces que el artículo 135 puede ser reformado de acuerdo con sus propias reglas y la (2) sería que por ser la validez del artículo 135 un hecho originario, no deriva su validez de ninguna norma y no existe un procedimiento jurídico para su reforma. Como esto no significa que sea inmodificable, la transición es un proceso sociopsicológico y la validez del artículo 135 reformado, 135 bis, no derivaría del 135 “sino que emana directamente del hecho de que es aceptado como derecho por la comunidad”.³⁵⁴

A continuación el autor intenta demostrar por qué ambas respuestas le parecen inaceptables. (1) “se opone a algo que se sostiene es un teorema lógico, según el cual las oraciones que se refieren a sí mismas carecen de significado”.³⁵⁵ Gran parte del artículo está dedicada a probar que la autorreferencia es lógicamente absurda (por ejemplo, “esta oración es falsa” carecería de sentido), y que, además, el razonamiento que fundara la validez del 135 bis en el 135 constituiría otro absurdo lógico, en el cual la premisa —artículo 135— es contradictoria con la conclusión —artículo 135 bis—, que establece una manera distinta para reformar la Constitución.³⁵⁶ En cuanto a (2) contraría “al hecho innegable de que el pueblo... piensa y actúa como si la norma básica (artículo 135) pudiera ser reformada de acuerdo con sus propias reglas”. La explicación que daba anteriormente³⁵⁷ era que “los seres humanos están dominados por ideas que no pueden ser expresadas racionalmente sino tan sólo en términos mágicos”. Reconoce, no obstante, que ya no puede sostener esta explicación. La comprensión que tiene el pueblo del artículo 135 “tiene que ser expresable en términos racionales” y esta solución la ofrece Ross.³⁵⁸

³⁵² Apareció en la colección citada en nota 349 *supra*, pp. 47-81 y publicado originalmente en 1969 en *Mind*.

³⁵³ *Ibid.*, pp. 50 y ss.

³⁵⁴ *Ibid.*, pp. 52 y ss.

³⁵⁵ *Ibid.*, p. 53.

³⁵⁶ *Ibid.*, pp. 54 y 72.

³⁵⁷ Se refiere a Ross [II].

³⁵⁸ *Ibid.*, pp. 56 y ss.

No es el lugar para detenernos en analizar las distinciones y argumentos con que Ross refuta las objeciones contra la condena lógica de las oraciones reflexivas y defiende su tesis de que "la autorreferencia genuina, directa o indirecta, total o parcial, priva de significado a la oración en la medida en que contiene la autorreferencia".⁸⁵⁹

En cambio, en la exposición de la evolución de su pensamiento es revelador lo que dice al aventurar su propia solución. El principio del que parte es que de la validez de una norma no puede derivarse la validez de otra norma incompatible y, por tanto, la norma básica de un sistema jurídico "tiene que ser inmodificable mediante un procedimiento jurídico". Esto quiere decir que el artículo 135, "es decir, en términos generales, la norma que constituye la autoridad suprema, en este caso la autoridad constituyente, no es la norma básica del sistema".⁸⁶⁰ Hay una norma superior "que inviste al artículo 135 de su validez constitucional, y esta norma es la norma básica, la norma inmodificable del sistema". Ella delega competencia, sin transferirla porque esto sería autodestructivo.

La paradoja queda solucionada mediante la admisión de la "existencia de una norma básica de este tipo como fundamento último de la validez de un orden jurídico que contenga reglas para la reforma de la Constitución tales como el artículo 88 de la Constitución danesa". Esta norma básica diría aproximadamente: "Obedeced a la autoridad instituida por el artículo 135 hasta que esta autoridad designe un sucesor; entonces obedeced esta autoridad hasta que ella misma designe un sucesor; y así indefinidamente". Aceptándola es fácil ver que el artículo 135 bis no sería válido en virtud del 135, sino en virtud de esta norma básica, fundamento jurídicamente inmodificable del sistema.⁸⁶¹

Podemos resumir algunas características de la norma básica que se desprenden del artículo de Ross, reconociendo de antemano que se restringen a casos como el artículo 88 de la Constitución danesa:⁸⁶² 1) esta norma no es creada por una autoridad jurídica y, en consecuencia, no es derecho positivo; 2) es una norma supuesta o hipotética; 3) delega competencia a la autoridad suprema de un sistema jurídico; 4) fundamenta la validez del orden jurídico en cuestión; 5) la validez no emana ya de hechos psicosociales, sino de normas supuestas; 6) estas normas son inmodificables por procedimientos jurídicos; 7) es formulada por un científico del derecho para "expresar sin contradicciones ni absurdos lógicos las ideas que realmente gobiernan la conducta de los hombres"; y 8) su aceptación está

⁸⁵⁹ *Ibid.*, p. 71. Los argumentos de Ross contra Hart y Christensen no son convincentes. Además su solución ha sido atacada posteriormente por J. Raz, "Professor A. Ross and Some Legal Puzzles", *Mind*, Vol. LXXXI, No. 323, julio 1972, pp. 415 a 421, y por N. Hoerster, "On Alf Ross' Alleged Puzzle in Constitutional Law", *Mind*, LXXXI, 323, pp. 423-426.

⁸⁶⁰ *Ibid.*, p. 77.

⁸⁶¹ *Ibid.*, pp. 78 y ss.

⁸⁶² Como vimos, el artículo V de la Constitución norteamericana y el 135 de la nuestra son similares y, además, una revisión de constituciones contemporáneas mostraría que no son, ni con mucho, las únicas que contienen semejantes disposiciones.

condicionada a querer entender una situación jurídica que de otra manera es ininteligible.

En *Directives and Norms* se encuentran únicamente algunos comentarios aislados sobre la noción de sistema jurídico. Vale la pena recordar, de entre ellos, la aceptación cabal de que un sistema jurídico constituye “un todo lógico y sistemático” integrado tanto por reglas generales como por normas singulares derivadas de ellas (contratos, sentencias, etcétera).³⁶³ Incluso se adhiere tácitamente a la división kelseniana, ya que al distinguir entre el discurso normativo jurídico y el no-jurídico, sostiene que el segundo es más simple y da como razón el que las modalidades de las normas de competencia “no se aplican a sistemas estáticos que carecen de legislación y de otros tipos de actividad creadora de normas”,³⁶⁴ lo cual equivale a sostener que el derecho es un sistema dinámico con órganos creadores sujetos a normas; en otras palabras, que el derecho regula su propia creación. Esto último se confirma cuando, al discutir la descripción de la acción-idea como elemento constitutivo de la norma, expresa Ross que un recurso técnico para especificar la situación en que ha de operar una norma es fijarle como condición la violación de otra norma, conectándolas de este modo en una unidad sistemática o sistema de normas.³⁶⁵

Sabemos que esta es una conexión lógica de significado que, al mismo tiempo, jerarquiza las normas. Prácticamente es imposible que cada norma contenga todas las condiciones de su aplicación, además de que muchísimo material se repetiría en cada norma. Este esquema lo divide Ross en tres tipos de normas: 1) derecho sustantivo o primario que establece las obligaciones de los ciudadanos; 2) derecho sancionador o secundario, que establece las sanciones,³⁶⁶ y precisa las condiciones de su aplicación, y 3) derecho procesal o terciario, que enuncia otras condiciones para dictar sentencias, en especial, las condiciones para iniciar una acción, las reglas de prueba y de procedimiento en el tribunal. “Estos grupos separados pueden ser organizados en una jerarquía de modo que la condición de aplicación de normas en un nivel sea definido como la violación de normas de un nivel más bajo”.³⁶⁷ El esquema no es, empero, desarrollado y subsiste la duda de cuál es la relación entre estos tipos de normas, ya que obviamente la relación entre primarias y secundarias sí satisface el requisito de que entre las condiciones de aplicación de las secundarias, está la violación de las primarias, pero esto no sucede en la relación entre secundarias y terciarias, además de que nada se dice expresamente de las normas que confieren poder para legislar, quizá porque Ross se aferra a la idea de que todas las normas jurídicas imponen una obligación.

³⁶³ Ross [IV], p. 100.

³⁶⁴ *Ibid.*, p. 135.

³⁶⁵ *Ibid.*, p. 113.

³⁶⁶ Ross dice que son obligatorias “aunque no se dice que un delito implica la obligación de sufrir el castigo”, *ibid.*, p. 114, n. 2.

³⁶⁷ *Ibid.*, pp. 114 y ss.