

## UNA SENDA QUE SE BIFURCA. LA CIENCIA JURÍDICA ENTRE EL SER Y EL DEBER\*

Riccardo GUASTINI\*\*

SUMARIO: I. *Distinguiendo entre derecho y ciencia jurídica.* II. *Las proposiciones jurídicas como enunciados fácticos.* III. *Enunciados jurídicos como enunciados de deber.* IV. *Validez entre ser y deber.* V. *Confusión entre la lógica de las normas y la lógica de los enunciados jurídicos.*

### I. DISTINGUIENDO ENTRE DERECHO Y CIENCIA JURÍDICA

Una de las principales preocupaciones de Kelsen (de hecho, durante toda su vida) fue distinguir, claramente, entre el derecho y la ciencia jurídica:

La ciencia del derecho no puede, ni debe —ni directa, ni indirectamente— crear derecho; debe limitarse a conocer el derecho que crean los legisladores, las autoridades administrativas y los jueces. Esta renuncia, indudablemente dolorosa para el jurisconsulto, porque contraviene el interés comprensible de su estado, es un postulado esencial del positivismo jurídico que, en franca oposición a toda doctrina del derecho natural, abierta o encubierta, rechaza resueltamente el dogma de que la doctrina sea una fuente del derecho.<sup>1</sup>

---

\* Este artículo fue publicado originalmente como: Guastini, Riccardo, “A Path that Forks. Legal Science between Is and Ought”, *Analisi e Diritto*, 2021, pp. 107-113.

Traducción al castellano por Augusto Fernando Carrillo Salgado, estudiante del doctorado en derecho por la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM. Contacto: [augustoc@ucom.es](mailto:augustoc@ucom.es). ORCID-ID: <https://orcid.org/0000-0001-6107-4917>. El traductor agradece al Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (Conacyt) por el financiamiento para realizar la traducción de este documento.

\*\* Profesor emérito del Instituto Tarello para la Filosofía del Derecho, Departamento de Jurisprudencia, de la Universidad de Génova, Italia. Contacto: [gustini@unige.it](mailto:gustini@unige.it).

<sup>1</sup> Kelsen, Hans, “Préface”, en Eisenmann, Charles, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, Francia, L. G. D. J., 1928, p. 7; reimpreso por Économica-Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1986; reimpreso en *Lo Stato*, VI, núm. 10, 2018, pp. 199-203.

En particular, en la *Teoría general de las normas* (*Allgemeine Theorie der Normen*),<sup>2</sup> Kelsen critica con dureza la “tendencia a identificar también la ciencia de la ética con su objeto, la moral, y la ciencia jurídica con su objeto, el derecho, y a hablar de las dos como ciencias «normativas», en el sentido de ciencias que establecen normas, que producen preceptos, y que no se limitan a describir normas como un objeto que les viene dado”.<sup>3</sup> Acusa a

...aquellos representantes de la ciencia jurídica que consideran como tarea suya no tanto conocer y describir objetivamente el derecho positivo como más bien justificar o poner en cuestión su validez desde el punto de vista moral y político, y de ese modo, bajo la bandera del *conocimiento* objetivo del derecho, emprender una *valoración* del derecho sumamente subjetiva.<sup>4</sup>

Kelsen tenía razones morales y políticas (o constitucionales) para defender firmemente la distinción entre derecho y ciencia jurídica.

Primero, Kelsen respaldó la “moral interna” de la ciencia (como podríamos llamarla). “El principio fundamental de la ciencia [es] la verdad”.<sup>5</sup> El derecho es un conjunto de normas, y las normas son el resultado de actos de voluntad, esto es, decisiones políticas “arbitrarias”<sup>6</sup> —no poseen valores de verdad, y su contenido está condicionado por los valores morales de las autoridades creadoras de derecho—. La ciencia jurídica, por el contrario, como cualquier otra ciencia, es una simple empresa cognitiva, un conjunto de oraciones libres de valores, descriptivas, aptas para la verdad.

[L]a doctrina jurídica no puede hacer actos de producción de derecho, ya que los actos de formación de derecho son actos de *voluntad*, y la ciencia o doctrina jurídica en cambio es función del *conocimiento*, no de la voluntad.<sup>7</sup>

La interpretación de las normas jurídicas es *conocimiento* del derecho, y el conocimiento del derecho no puede crear normas, es decir, hacerlas válidas, ni revocar su validez, la interpretación no puede resolver conflictos entre normas.<sup>8</sup>

Segundo, Kelsen tuvo una actitud política de respeto hacia aquellas reglas positivas, materialmente constitucionales, que regulan la creación del

---

<sup>2</sup> Kelsen, Hans, *General Theory of Norms*, trad. al inglés de Michael Hartney, Oxford, Clarendon Press, 1991, en adelante *GTN*.

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 1.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 117.

<sup>5</sup> Kelsen, Hans, *General Theory of Law and State*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1945, p. xvi. En adelante *GTLS*.

<sup>6</sup> Kelsen, Hans, *GTN*, p. 4.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 118.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 225.

derecho. La creación del derecho es la tarea exclusiva de aquellos órganos competentes que están facultados por las reglas jurídicas.<sup>9</sup> Los juristas no son autoridades jurídicas,<sup>10</sup> no están habilitados para crear derecho, no poseen competencia jurídica para legislar.

Dado que el derecho regula su propia producción y aplicación... [s]olo los individuos a los que el orden jurídico ha conferido ese poder pueden producir o aplicar normas jurídicas.<sup>11</sup>

La doctrina jurídica sólo puede afirmar que una determinada norma jurídica es válida, puede describir las relaciones entre normas jurídicas y entre normas jurídicas y otras normas, pero no puede otorgar validez a las normas ni tampoco privarlas de validez. Sólo una *autoridad* jurídica, como un legislador o un juez, pueden hacerlo.<sup>12</sup>

La ciencia jurídica “no puede establecer normas, o prescribir algo”;<sup>13</sup> tampoco es competente para resolver los conflictos existentes entre normas —*v. gr.* por medio de interpretación—, es decir, para anular la validez de normas establecidas, como para establecerlas.<sup>14</sup>

De esta forma, distinguir entre derecho y ciencia jurídica —entre las normas jurídicas y la descripción doctrinal (*juristic*) de las normas— es un punto crucial para la teoría pura. Sin embargo, Kelsen parece incapaz de proporcionar una explicación coherente y satisfactoria, tanto de la forma gramatical como de la forma lógica, de las proposiciones jurídicas (*legal statements*); esto es, de los enunciados a través de los cuales los juristas describen (se supone) al derecho. En particular, no sabe decidir si las proposiciones jurídicas son empíricas (enunciados de ser) o normativas (enunciados de deber). Esto se encuentra especialmente claro en su póstuma *Teoría general de las normas* (*Allgemeine Theorie der Normen*).

## II. LAS PROPOSICIONES JURÍDICAS COMO ENUNCIADOS FÁCTICOS

Las proposiciones jurídicas (*Rechtssätze*) —insiste Kelsen— no son normas (por supuesto, no lo son), sino enunciados *sobre* las normas.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 27.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 155.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 102.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 118.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 153.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 127.

Ahora bien, se pueden afirmar una gran cantidad de propiedades diferentes de una norma determinada: por ejemplo, que tal norma ha sido realmente promulgada, que es (o no) eficaz, que es (o no) válida, etcétera.

Sin embargo, los únicos enunciados que Kelsen tenía en mente eran proposiciones sobre la *validez* de las normas (“La proposición sobre una norma; es decir, el enunciado de que una norma es válida...”),<sup>15</sup> que se supone “describen” las normas a las que hacen referencia.<sup>16</sup>

Además, “[p]ara existir —es decir, para ser *válida*— la norma tiene que ser establecida mediante un acto de voluntad. No hay norma sin un acto de voluntad que la establezca o —como muy a menudo se formula este principio— no hay imperativo sin *imperator*, no hay mandato sin alguien que mande”.<sup>17</sup> Por lo tanto, la validez, la verdadera existencia de una norma positiva —su presencia en el mundo (aunque, a decir verdad, una presencia “inmaterial”)—<sup>18</sup> parece ser una cuestión de hecho (ciertamente, un tipo especial de hecho, porque solamente los individuos competentes pueden promulgar normas válidas, esto es, vinculantes).<sup>19</sup> La validez de una norma está condicionada a su promulgación efectiva, a la “existencia real” de un hecho.<sup>20</sup> De esta forma, los enunciados sobre la validez de las normas deberían ser enunciados *de hecho*, que pueden “verificarse aduciendo la prueba de que la norma fue establecida”.<sup>21</sup> “La validez de una norma no está en analogía con la verdad de un enunciado, sino con la existencia de un hecho”.<sup>22</sup>

Y, de hecho, Kelsen trata a las proposiciones jurídicas como enunciados fácticos —en particular, enunciados existenciales—, especialmente cuando argumenta contra la aplicabilidad de los principios de la lógica a las normas (positivas). Si dos normas en conflicto —*Op* y *O¬p*— fueron realmente promulgadas, ambas son válidas, existen.<sup>23</sup> De tal manera que, a pesar de la *aparente* inconsistencia entre tales normas, no existe ninguna contradicción entre las oraciones “*Op* es válida (existe)” y “*O¬p* es válida (existe)” —ambas son verdaderas—. Esta tesis supone (de otra manera no tendría sentido) que tales proposiciones son enunciados *empíricos* sobre la promulgación efectiva de las normas a las que se refieren.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 181.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 188.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 3.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 171.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 27.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 204.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 181.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 216.

<sup>23</sup> *Ibidem*, pp. 213, 218 y 224.

Además, de acuerdo con Kelsen, una norma es válida *si y sólo si* fue realmente promulgada (por una autoridad competente): por lo tanto, la promulgación de una norma es una condición, tanto necesaria como suficiente, para su validez.<sup>24</sup> Esto equivale a decir que, afirmar la validez de una norma, y afirmar que dicha norma fue realmente promulgada, son enunciados lógicamente equivalentes.

Por otra parte,

...la aplicación de los principios lógicos a los enunciados de la ciencia del derecho y de la moral está fuera de cuestión; pero no lo está la aplicación de los principios lógicos al objeto de esas ciencias, las normas... De la aplicación de los principios lógicos a las ciencias naturales no se infiere la aplicabilidad de esos principios al objeto de esas ciencias, a los hechos de la realidad natural.<sup>25</sup>

Así, las normas son análogas a “los hechos de la realidad natural”, y la ciencia jurídica parece análoga a las ciencias naturales. No es necesario decir que los enunciados de las ciencias naturales son empíricos, no normativos (deónticos).

### III. ENUNCIADOS JURÍDICOS COMO ENUNCIADOS DE DEBER

Así, las proposiciones jurídicas parecen ser enunciados fácticos. Sin embargo, de acuerdo con Kelsen, este no es el caso, porque el acto de promulgar una norma debe distinguirse claramente de su contenido de significado, esto es, de la propia norma.<sup>26</sup>

[U]n enunciado que afirma la existencia de una norma, su validez, *tiene que* ser un enunciado deóntico, no un enunciado óntico, es decir, no puede ser una oración que *afirma* la existencia de un hecho.<sup>27</sup>

La norma de la autoridad jurídica y el enunciado de la ciencia jurídica sobre esa norma pueden [de hecho: según Kelsen, deben], pues, tener el mismo tenor literal.<sup>28</sup>

---

<sup>24</sup> *Ibidem*, pp. 18 y 223.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 155.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 153.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 150.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 153.

Una proposición jurídica es la respuesta a la pregunta “¿Qué debo hacer?”; por lo tanto, sólo puede ser un enunciado de deber.<sup>29</sup>

Así, en algunos casos simples la proposición sobre (la validez de) una norma será sencillamente *un eco* de la norma misma.

Un padre dice a su hijo: “Karl, cierra la puerta”. El hijo... parece no oír lo que dice su padre. Por eso, dice la madre a su hijo: “Karl, debes cerrar la puerta”. Es el padre quien da la orden, no la madre. El enunciado que pro-nuncia la madre no es un mandato, sino una proposición sobre el mandato del padre.<sup>30</sup>

¿El enunciado de la madre es, realmente, una proposición? ¿Qué es lo que (se supone) dice? Contra lo que dice Kelsen, el enunciado de la madre parece la *iteración* del mandato citado y, por lo tanto, la orden misma, aunque de alguna manera debilitada. Sin duda alguna, formular una norma y citarla entre comillas, respectivamente, son dos cosas distintas. “Cuando la norma está puesta entre comillas, es decir, *citada*, su significado prescriptivo queda, por así decirlo, puesto entre paréntesis, excluido como significado de la proposición que lo contiene”.<sup>31</sup> En tal caso, el “deber” (citado) no es “genuino”, sino “no auténtico”; posee un significado descriptivo, no prescriptivo.<sup>32</sup>

Sin embargo, Kelsen parece no distinguir claramente entre repetir un mandato (“Cierra la puerta”) y citarlo (“El padre ha dicho «Cierra la puerta»”) entre comillas. De lo contrario, las proposiciones jurídicas no admitirían una formulación deóntica. Kelsen se queja sobre la confusión entre normas y proposiciones sobre las normas y, consecuentemente, entre derecho y ciencia jurídica.<sup>33</sup> Pero él mismo alienta tal confusión.

Más aún, en la mayoría de los casos, particularmente cuando se trata de la ciencia jurídica, la proposición que describe una norma no será la simple iteración, un simple eco, de una disposición jurídica, sino el resultado de la *reconstrucción doctrinal* de la norma en juego, por medio de la interpretación y manejo de las disposiciones jurídicas relevantes. Por ejemplo (de hecho, un ejemplo muy básico), el legislador, a través de dos enunciados diferentes, primero define el concepto de asesinato (“Asesinar es causar intencionalmente la muerte de otro”), luego, prescribe la sanción relativa

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 182.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 151.

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 187.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 155.

<sup>33</sup> *Idem*.

(“Asesinar será castigado con la pena de muerte”). Un jurista describe la norma reconstruida al afirmar que: “Si una persona, a través de su conducta, causa intencionalmente la muerte de otra, la pena de muerte será infligida sobre ella”.<sup>34</sup>

Por desgracia, un enunciado doctrinal como éste no parece una proposición *sobre* la norma, cuya formulación simplemente “difiere de aquella de la norma jurídica”.<sup>35</sup> Más bien, parece como *la norma misma*. La norma no es “descrita” o mencionada —es reconstruida y formulada por primera vez por la ciencia jurídica—. Y esta formulación, Kelsen dice, “es... de suma importancia teórica, dado que solo en esa formulación de un juicio hipotético se pone de manifiesto el principio de la *imputación*, que es fundamental para las ciencias normativas”.<sup>36</sup>

Entonces, después de todo, de acuerdo con Kelsen, las proposiciones jurídicas son enunciados de deber, al igual que las normas que pretenden describir. De esta forma, sin embargo, la distinción entre derecho y ciencia jurídica se encuentra completamente desdibujada.

#### IV. VALIDEZ ENTRE SER Y DEBER

Esta decepcionante conclusión depende del concepto de validez de Kelsen. Pues Kelsen sostiene que la validez equivale, al mismo tiempo, tanto a la existencia (esto es, aparentemente, a una simple cuestión de hecho) como a la fuerza vinculante (que, ciertamente, *no* es una cuestión de hecho).

Bajo esta perspectiva, sin embargo, ni la existencia ni la fuerza vinculante son propiedades de las normas. La existencia no es una propiedad de las normas, porque la existencia no es un predicado.<sup>37</sup> La fuerza vinculante, a su vez, no es una propiedad de las normas, ya que la obligatoriedad es una parte de la propia *definición* de “norma” —cualquier norma (válida, de otra manera no existiría) es vinculante por definición—. “En el hecho de que una norma *deba* ser cumplida, y si no lo es *deba ser* aplicada, reside su *validez*, y en esto consiste su *existencia* específica”.<sup>38</sup> “Ser válido” en este sentido específico —objetivo— significa “deber ser cumplido”.<sup>39</sup> “[E]l mandato autorizado es

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 188. Algunos ejemplos más complejos se encuentran en las pp. 53 y 130.

<sup>35</sup> *Idem*.

<sup>36</sup> *Idem*.

<sup>37</sup> *Ibidem*, pp. 171, 225, 233 y 383.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 3.

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 28.

una *norma* vinculante para el destinatario de la norma, una norma que le obliga a la conducta prescrita en ella”.<sup>40</sup> “[L]a validez de una norma consiste en que debe ser cumplida”.<sup>41</sup>

De esta forma, una norma válida sólo es *una norma*, y nada más —“«Una norma válida» es un pleonismo”.<sup>42</sup> Y una norma inválida no es una norma para nada —“«Una norma inválida» es una *contradictio in adjecto*”.<sup>43</sup>

En consecuencia, decir “La norma *Op* no es válida” equivale a decir que *Op* no “existe”<sup>44</sup> —por lo tanto, no existe ninguna obligación vinculante hacia *p*—.

En cambio, el enunciado “La norma *Op* es válida” no dice nada en absoluto sobre la norma en cuestión. “*Op* es válida” equivale a repetir “*Op*”,<sup>45</sup> y *Op*, al ser una norma, es vinculante.

Por esta razón, los enunciados de validez formulan, o bien simplemente repiten, las propias normas.

## V. CONFUSIÓN ENTRE LA LÓGICA DE LAS NORMAS Y LA LÓGICA DE LOS ENUNCIADOS JURÍDICOS

La dificultad de Kelsen para distinguir claramente entre normas jurídicas y enunciados jurídicos aparece, también, en su discusión sobre el tema “derecho y lógica”.

Como mencioné anteriormente, en tal contexto, Kelsen trata a las descripciones doctrinales de normas como enunciados fácticos sobre la promulgación efectiva de las normas en juego. “Así como en la realidad natural no hay contradicciones lógicas, y así como la existencia de un hecho de la realidad no se infiere lógicamente de la existencia de otro hecho, tampoco hay contradicciones lógicas entre dos normas, ni de la validez de una norma se infiere lógicamente la validez de otra”.<sup>46</sup>

Por ejemplo, Kelsen asume (muy correctamente) que ningún enunciado que afirme la validez (esto es, la promulgación efectiva) de una norma —“La norma N1 es válida”— puede conllevar ningún enunciado que afirme la validez de otra norma —“La norma N2 es válida”—. Porque la validez, la existencia, de esta segunda norma depende no de una inferen-

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 27.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 221.

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 171.

<sup>43</sup> *Idem*.

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 174.

<sup>45</sup> *Ibidem*, pp. 155 y 164.

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 192; véase, también, p. 233.

cia lógica, sino de la promulgación efectiva de la norma implicada.<sup>47</sup> Las normas son “normas positivas válidas solo como contenidos de sentido de actos de voluntad reales, efectivamente producidos”.<sup>48</sup>

Sin embargo, mientras N1 y N2 son normas, los enunciados “La norma N1 es válida” y “La norma N2 es válida” no son, supuestamente, normas —son *enunciados doctrinales* sobre la validez de dos normas diferentes—. En otras palabras, el razonamiento de Kelsen cuenta como un argumento *no* en contra de la aplicabilidad de las reglas de inferencia (y de las reglas de la lógica en general) a las normas, *sino* a la validez de las normas, esto es, a los *enunciados doctrinales* sobre la validez.<sup>49</sup>

Por desgracia, Kelsen no está consciente de este punto crucial. Él cree que está argumentando contra la aplicabilidad de las reglas de inferencia a las *normas* —pero, de hecho, no lo hace; hace otra cosa—. De este modo, una vez más, la distinción entre normas y proposiciones jurídicas sobre las normas se desvanece.

---

<sup>47</sup> *Ibidem*, pp. 232 y 243.

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 251.

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 240.