

**Aproximaciones a la *Teoría Pura del Derecho*: La neutralidad en las decisiones
judiciales y la operación deductiva de la imputación**

Trabajo presentado para obtener el título de
Licenciado en filosofía

Modalidad: Trabajo monográfico

Presentado por
Emilio Guachetá Gutiérrez
Cód.: 2011132036

Director: Diego Andrés Wualteros

Universidad Pedagógica Nacional
Facultad de Humanidades
Departamento de Ciencias Sociales
Licenciatura en Filosofía
Bogotá D.C.
2016

Resumen: El siguiente trabajo monográfico tiene como propósito analizar los conceptos de pureza e ideología en la *Teoría pura del derecho*¹ (1982) de Hans Kelsen y, además, sustentar por qué la teoría pura suscita graves impedimentos y dificultades en la práctica judicial. De esta manera, se analizarán dos problemas: 1) el problema de la neutralidad en las decisiones judiciales y 2) la operación deductiva de la imputación. Esta investigación contará con cuatro capítulos: en el primero se expone el concepto de pureza en la TPD. Esta categoría es de referencia casi obligatoria cuando se habla de la teoría pura; por lo tanto, se iniciará por la explicación de las diferentes distinciones² que permiten las condiciones necesarias de pureza metodológica. Luego se desarrollará la discusión entre sociología del derecho y ciencia jurídica, confrontando algunos argumentos de Kantorowicz y Erhlich con la TPD.

En el segundo capítulo se presentará el criterio base de las diferentes distinciones hechas por Kelsen. Se constituyen, entonces, dos universos de objetos que son lógicamente irreconciliables y en el que cada uno representa un campo diferente de estudio: *ser* y *deber ser*. Los fenómenos del ser (o naturales) serán objeto de estudio de las ciencias naturales, utilizando el principio de causalidad. Los fenómenos del deber ser serán estudiados por las ciencias normativas a la luz del principio de imputación. Así mismo, se mostrará la particular relación entre el concepto de deber ser y la imputación, ambos como rasgos distintivos de la norma jurídica.

Luego en el tercer capítulo se mostrará lo relacionado con la noción de ideología. Aquí se presentará la discusión entre positivismo jurídico y derecho natural, mostrando cómo el derecho natural infringe la distinción lógica entre ser y deber ser, para que a partir de supuestos teológicos y naturalistas se legitimen intereses particulares. De igual manera, los estudios jurídicos que nieguen por completo el carácter normativo del derecho y expliquen los fenómenos jurídicos a través del principio de causalidad serán justificaciones ideológicas del derecho.

Ya por último, en el cuarto capítulo se desarrollará la hipótesis de este trabajo monográfico, cotejando algunas consideraciones de teóricos como Duncan Kennedy y Chaïm Perelman. Aquí se argumentará a favor de la imposibilidad de una neutralidad en las decisiones judiciales y cómo la práctica judicial corresponde más a técnicas argumentativas y no a estrictas deducciones normativas de imputación.

Palabras claves: ser, deber ser, imputación, causalidad, ciencia jurídica, interpretación, norma jurídica, ideología.

¹ En adelante TPD.

² Distinción entre ciencias naturales y ciencias normativas, entre principio de imputación y principio de causalidad y, por ende, entre sociología y ciencia jurídica.


Abstract: The aim of this text is to analyze the concepts of purity and ideology in *The Pure Theory of the Law* (1982) by Hans Kelsen. In this sense, I intend to state why the Pure Theory raises serious impediments and difficulties in judiciary practice. In this way, two problems are to be analysed: 1) neutrality in the judiciary decisions and 2) deductive operation of imputation. This research has two chapters: the first one sets out the concept of “purity” that Kelsen establishes in his work. This category is almost a compulsory reference when discussing the *Pure Theory*. Therefore, I start by explaining the different distinctions that allow the necessary conditions of methodological purity. Later, I show the argument between sociology of law and legal science, confronting the arguments of Kantorowicz and Erhlich with the *Pure Theory*.

In the second chapter I show the basic criterion of a set of different distinctions made by Kelsen. There will be established two universes of objects that are logically irreconcilable and represent a different fields of study: “being” and “ought to be”. The phenomena of “being” (or natural phenomena) are the subject of study of natural science, by means of the principle of causality. The phenomena of “ought to be” are studied by the normative sciences, based on the principle of imputation. Also, it will be showed the particular relationship between the concepts of “ought to be” and “imputation”, insofar as they are distinctive features of the juridical norm.

Then in the third chapter I set out the notion of “ideology”. At this point, the discussion between juridical positivism and natural law is to be shown. The aim is to demonstrate how natural law break the logic distinction between “being” and “ought to be”, in order to legitimize particular interests from theological and naturalist assumptions. Similarly, the juridical science that deny completely the normative character of the law and explain the legal phenomena through causality admit, according to Kelsen, an ideological character of the law.

Finally, the hypothesis of this monography is to be developed in the fourth chapter, by means of comparing some considerations of theorists as Duncan Kennedy and Chaïm Perelman. Here I argue in favor of the impossibility of neutrality in the judiciary decisions, proving how legal practice corresponds more to argumentative issues and not to strict normative deductions of imputations, as is derived from the *Pure Theory*.


Keywords: being, ought to be, imputation, causality, juridical science, interpretation, juridical norm, ideology.

	FORMATO	
	RESUMEN ANALÍTICO EN EDUCACIÓN - RAE	
Código: FOR020GIB	Versión: 01	
Fecha de Aprobación: 10-10-2012	Página 4 de 61	

1. Información General	
Tipo de documento	Trabajo de grado
Acceso al documento	Universidad Pedagógica Nacional. Biblioteca Central
Título del documento	Aproximaciones a la <i>Teoría Pura del Derecho</i> : La neutralidad en las decisiones judiciales y la operación deductiva de la imputación.
Autor(es)	Guachetá Gutiérrez, Emilio.
Director	Diego Andrés Wualteros Rangel
Publicación	Bogotá. Universidad Pedagógica Nacional, 2016, pp. 61.
Unidad Patrocinante	Universidad Pedagógica Nacional.
Palabras Claves	SER, DEBER SER, IMPUTACIÓN, CAUSALIDAD, CIENCIA JURÍDICA, INTERPRETACIÓN, NORMA JURÍDICA, IDEOLOGÍA.

2. Descripción
<p>Trabajo de grado que se propone analizar los conceptos de pureza e ideología en la <i>Teoría pura del derecho</i> (1982) de Hans Kelsen y, además, sustentar por qué la teoría pura suscita graves impedimentos y dificultades en la práctica judicial. De esta manera, se analizan dos problemas: 1) el problema de la neutralidad en las decisiones judiciales y 2) la operación deductiva de la imputación. Esta investigación cuenta con cuatro capítulos: en el primero se trata el concepto de pureza metodológica y la discusión entre sociología jurídica y ciencia del derecho.</p> <p>En el segundo capítulo se analiza la distinción entre <i>ser</i> y <i>deber ser</i>, además, de las diferentes distinciones que se desprenden de ella: distinción entre ciencias naturales y ciencias normativas, entre principio de imputación y principio de causalidad. De igual modo se explica por qué tanto la noción de pureza como la ideología son aplicaciones de la distinción ya mencionada. En el tercer capítulo se desarrolla el concepto de ideología y la discusión entre derecho natural y derecho positivo. Ya por último, en el cuarto capítulo se desarrolla el propósito de este trabajo monográfico, cotejando algunas consideraciones de teóricos como Duncan Kennedy y Chaïm Perelman. Se argumenta a favor de la imposibilidad de una neutralidad en las decisiones judiciales y cómo la práctica judicial corresponde más a técnicas argumentativas y no a estrictas deducciones normativas de imputación.</p>

Fuentes

	FORMATO	
	RESUMEN ANALÍTICO EN EDUCACIÓN - RAE	
Código: FOR020GIB	Versión: 01	
Fecha de Aprobación: 10-10-2012	Página 5 de 61	

Kelsen, H. (1933). *El método y los conceptos fundamentales de la Teoría Pura del Derecho*. Serie A. Vol. XIV. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

_____. (1934). *Teoría general del Estado*. Madrid. Editorial Labor.

_____. (1966) ¿Qué es el positivismo jurídico? *Revista de la Facultad de Derecho de México*. Tomo XVI, núm. 61. México. UNAM. (pp. 131-143).

_____. (1982). *Teoría Pura del Derecho*. México: UNAM.

_____. (1989). Acerca de las fronteras entre el método jurídico y el sociológico. En: *El otro Kelsen*. Comp. Óscar Correas. México. UNAM, (pp. 283-319).

_____. (1991). Causalidad e imputación. En: *¿Qué es la justicia?* Barcelona: Editorial Ariel, pp. 221-234.

_____. (1994). *Teoría Pura del Derecho*. 2ª edición, 9ª reimpresión. Buenos Aires. Editorial Kennedy, D. (1999). *Libertad y restricción en la decisión judicial. El debate con la teoría crítica del derecho*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.

Perelman, Ch. (1979). *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Trad. Luis Díez-Picazo. Madrid. Editorial Civitas.


Rodríguez, C. (1999). Una crítica contra los dogmas de la coherencia del derecho y la neutralidad de los jueces. En Kennedy, D. *Libertad y restricción en la decisión judicial. El debate con la teoría crítica del derecho*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores. (pp. 17-89).

Contenidos

Esta investigación trata de dar respuesta a dos problemáticas que se derivan de los conceptos de *pureza e ideología*: ¿es posible una neutralidad en las decisiones judiciales?, ¿se puede comprender la práctica judicial o la imputación de responsabilidad jurídica como una operación deductiva? Para dar respuesta a estos interrogantes, este trabajo consta de cuatro capítulos:

1. Pureza metódica en la ciencia jurídica de Kelsen: La noción de *pureza* tiene dos aspectos fundamentales: por un lado, exige que los estudios de la ciencia del derecho y los operadores jurídicos tengan neutralidad valorativa, esto es, la ciencia jurídica no puede legitimar o justificar cualquier pretensión política, social, religiosa o cultural. Por otro lado, pretende obtener solo un conocimiento orientado hacia el derecho, excluyendo todo tipo de elemento que requiera un método diferente al de la ciencia jurídica y que no se someta al principio de *imputación*. Así mismo, se desarrolla la discusión entre sociología jurídica y ciencia jurídica; a saber, la sociología jurídica al ser parte de las ciencias naturales se encarga de estudiar hechos que se someten al principio de causalidad, mientras que la ciencia jurídica solo tiene por propósito el estudio de la norma jurídica, que se rige por el principio de imputación.

2. La distinción ser y deber ser: Se constituyen, entonces, dos universos de objetos que son lógicamente irreconciliables y en el que cada uno representa un campo diferente de estudio: *ser* y *deber ser*. Los fenómenos del ser (o naturales) serán objeto de estudio de las ciencias naturales, utilizando el

	FORMATO	
	RESUMEN ANALÍTICO EN EDUCACIÓN - RAE	
Código: FOR020GIB	Versión: 01	
Fecha de Aprobación: 10-10-2012	Página 6 de 61	


principio de causalidad. Los fenómenos del deber ser serán estudiados por las ciencias normativas a la luz del principio de imputación. Así mismo, se muestra la particular relación entre el concepto de deber ser y la imputación, ambos como rasgos distintivos de la norma jurídica.

3. Carácter ideológico del derecho: Se expone lo relacionado con la noción de *ideología*. Aquí se presentará la discusión entre positivismo jurídico y derecho natural, mostrando cómo el derecho natural infringe la distinción lógica entre ser y deber ser. Todo para que a partir de supuestos teológicos y naturalistas se legitimen intereses particulares. De igual manera, los estudios jurídicos que nieguen por completo el carácter normativo del derecho y expliquen los fenómenos jurídicos por medio del principio de causalidad serán justificaciones ideológicas del derecho.

4. Los límites de la interpretación y la práctica judicial: En este último capítulo se trata de dar respuesta a los dos problemas expuestos anteriormente. Aquí se cotejan algunas consideraciones de teóricos como Duncan Kennedy y Chaim Perelman. De igual modo, se argumenta que la exigencia de neutralidad valorativa es imposible y que la práctica jurídica no debe entenderse como una operación deductiva de imputación de responsabilidad jurídica, sino como un proceso argumentativo de persuasión y convencimiento, en el que interfiere todo tipo de valor político, social y cultural. En pocas palabras se confronta el formalismo jurídico con la doctrina de la argumentación jurídica.

Metodología
Análisis de textos filosóficos.

Conclusiones
<p>A lo largo de esta investigación se ha logrado mostrar que los conceptos fundamentales de la teoría pura establecen serias dificultades y límites al ejercicio del derecho y la ciencia jurídica; específicamente, la noción de pureza y su reclamo radical de excluir todo tipo de interferencia metodológica. Esto significa que los análisis jurídicos se han de formar solo con normas jurídicas. Este imperativo se expresa en un contenido propio: analizar únicamente la norma jurídica y su estructura a partir del principio de imputación. Pero la teoría pura va más allá y establece que la ciencia jurídica debe limitarse únicamente a la interpretación de la norma jurídica; esto es, describir que ante un hecho condicionado se debe imputar una sanción jurídica, excluyendo todo tipo de consideración moral o política sobre la norma.</p> <p>Kelsen haciendo uso de su propio método crea la TPD: pureza metódica como plano unívoco del principio de imputación; estudio de la norma jurídica, sus interrelaciones, sus elementos; ampliación hacia el ordenamiento jurídico en su totalidad, relación entre diferentes ordenamientos y, finalmente, su teoría del carácter ideológico del derecho. Debe notarse que esta teoría se limita a estudiar únicamente el carácter normativo del derecho. No obstante, y muy consciente de la complejidad de su proyecto, Kelsen parece desistir en algunos momentos de su pureza metodológica.</p> <p>Al examinar estos conceptos (<i>pureza e ideología</i>) nos vimos en la necesidad de confrontar algunos problemas que se desarrollan en el campo de la práctica judicial, esto es: 1) el problema de la neutralidad</p>

	FORMATO	
	RESUMEN ANALÍTICO EN EDUCACIÓN - RAE	
Código: FOR020GIB	Versión: 01	
Fecha de Aprobación: 10-10-2012	Página 7 de 61	

en las decisiones judiciales y 2) la operación deductiva de la imputación. Según la teoría pura, para que la actividad del juez alcance el estatuto de ciencia debe limitarse a la interpretación y posterior aplicación de la norma jurídica. Pero se debe recordar que tal interpretación se encuentra limitada por la exigencia de pureza metodológica, es decir, prescindir de todo tipo de consideración moral, social y política. Esto tiene como resultado que la práctica judicial se convierta en una operación deductiva, en el que el juez sencillamente deduce a partir del hecho la norma jurídica que debe aplicar; además, de conservar una neutralidad en la decisión judicial, pues no hay espacio, en la teoría pura, para considerar si la sanción es justa o equitativa.

Tal neutralidad en las decisiones judiciales es imposible, y la práctica judicial más que ser una estricta deducción normativa es, en cambio, un complejo campo de interacciones e interferencias (morales, sociales y políticas), en el que la argumentación toma un papel importante. En la práctica jurídica, el juez al momento de aplicar o adjudicar un derecho toma en consideración los alegatos y las pruebas de los abogados, estos deben convencer al juez de que la causa que ellos protegen o defienden es jurídicamente viable y socialmente aceptable. Así mismo, el juez debe argumentar sus decisiones judiciales, demostrando que tienen sustento jurídico y que son justas y equitativas. Lo anterior permite que los diferentes actores del litigio jurídico y la sociedad en general comprendan las razones de la sanción.

Esto pone en evidencia, al mismo tiempo, que la neutralidad en las decisiones judiciales no es más que algo ilusorio. Cada decisión judicial suscitará conflictos entre las partes, en el que cada abogado hará uso de cualquier medio para hacer prevalecer sus intereses, extendiendo la lucha ideológica al ámbito jurídico. De hecho, los procesos judiciales se encuentran motivados en su gran mayoría por conflictos políticos, en el que el juez y los abogados decidirán proteger la causa que más se acerque a sus preferencias. Los jueces son símbolos de autoridad imparcial, constantemente se produce la creencia de que lo establecido en sus sentencias es lo correcto, presentando sus argumentos bajo la idea de la neutralidad y la aplicación mecánica del derecho, afirman decidir a partir del estricto marco legal.

Sin embargo, los jueces esconden deliberadamente las motivaciones reales de sus fallos, en el que la ideología juega un papel predominante en sus decisiones judiciales; nada se opone en última instancia a que el razonamiento jurídico pueda presentarse como un silogismo, análogo a la operación deductiva de la imputación. Pero esta exposición no garantiza en absoluto que el derecho sea comprendido y analizado de manera suficiente. El derecho se instaura, entonces, en el campo de la razón práctica y la discusión entre los motivos, las pruebas y los argumentos es lo que en última instancia permite proferir un fallo judicial.

Elaborado por:	Emilio Guachetá Gutiérrez
Revisado por:	Diego Andrés Walteros Rangel

Fecha de elaboración del Resumen:	08	06	2016
--	----	----	------

Tabla de Contenido.	Pág.
Introducción	9-12
1. Pureza metódica en la ciencia jurídica de Kelsen	13-21
1.2 Sociología y ciencia del derecho	22-27
1. La distinción ser y deber ser	28-33
2. Carácter ideológico del derecho	34
3.1 Derecho natural y Derecho positivo	34-38
3.2 La negación de la fuerza normativa del derecho	39-41
3. Los límites de la interpretación y la práctica judicial	42
4.1 La práctica judicial como operación deductiva y la ciencia del derecho	42-49
4.2 Neutralidad jurídica y argumentación jurídica	50-56
Conclusiones	57-59
Bibliografía	

Introducción

No hay orientación política alguna de la que la teoría pura del derecho no haya sido sospechada. Pero justamente ello demuestra, mejor de lo que yo podría hacerlo, su pureza.

Hans Kelsen (1982, p. 11).

La TPD de Hans Kelsen representa uno de los más grandes aportes a la ciencia jurídica. Esta obra inaugura una nueva formación conceptual, una revolución metodológica y un cambio en el paradigma del pensamiento jurídico. La teoría pura es el intento más prolífico por hacer del derecho una ciencia, por eliminar los atrasos de la tradición, la ideología y el iusnaturalismo de los sistemas jurídicos. Es un intento por adentrar los estudios jurisprudenciales al campo de la ciencia, a un campo de mayor rigurosidad y objetividad. Este texto fue publicado en su primera edición en 1934, pero para esta monografía se trabajará la segunda edición reelaborada y ampliada por Kelsen en 1960, y que según Norberto Bobbio representa la última expresión del pensamiento de Hans Kelsen.

Este es reconocido como uno de los juristas más influyentes y significativos del siglo XX, tanto que la transformación radical que generó con su teoría pura en el pensamiento jurídico lo llevó a ser considerado un teórico de la dimensión de Kant, un filósofo que será trascendental para sus construcciones teóricas. Robert Walter, director del Instituto Hans Kelsen de Viena, comparaba con una frase que en su momento se dijo sobre Kant y su filosofía: “en la reflexión jurídica se puede estar con Kelsen o contra Kelsen, pero no se puede estar sin Kelsen”.

Pues bien, este trabajo de tesis es uno de esos momentos. Estaremos con Kelsen para analizar detalladamente los postulados filosóficos de su teoría pura; más específicamente, las nociones de *pureza* e *ideología*. Y estaremos contra Kelsen a la hora de poner en cuestionamiento sus postulados, se tratará de dar respuesta a dos problemáticas que se derivan de los anteriores conceptos: ¿es posible una neutralidad en las decisiones judiciales?, ¿se puede comprender la práctica judicial o la imputación de responsabilidad jurídica como una operación deductiva?

Se considera que la introducción de una teoría al campo de la ciencia debe estar justificada teóricamente y debe ser útil para comprender o explicar de manera suficiente algún sector de la realidad. En este caso específico la realidad o el fenómeno jurídico; además, debe orientar al investigador o al científico del derecho al descubrimiento de nuevos problemas –verdaderos problemas–. Sin embargo, mi hipótesis es que los conceptos fundamentales de la teoría pura no permiten una comprensión y

explicación suficiente del fenómeno jurídico y que, al mismo tiempo, sus postulados implican un proyecto de práctica jurídica bastante problemático, pues se asume una neutralidad en las decisiones judiciales y la imputación se reduce a una estricta operación deductiva.

Ahora bien, las posiciones en cuanto a la cientificidad de la norma han sido más o menos las siguientes: 1) el derecho no es una ciencia, sino una técnica que resuelve conflictos, 2) el derecho es ciencia, 3) el derecho puede ser ciencia si se sujeta a ciertos cánones de la comunidad científica, 4) el derecho es ciencia sólo si interpreta normas, pero no si las interpreta y aplica, pues 5) el derecho no es una ciencia, porque es una actividad ideológica tendente a legitimar el ejercicio del poder. En esta monografía se examinará la opinión de Kelsen, que puede resumirse en la idea de que el derecho solo podrá ser ciencia si acepta ciertos principios conceptuales y metodológicos que ofrece en su teoría pura.

Así, este proyecto científico de Kelsen es un intento por poner límites teóricos a la práctica del derecho. Kelsen encaró el problema de la cientificidad del derecho de la siguiente manera:

(...) si la jurisprudencia quiere ser ciencia, debe abstenerse de ser simplemente la legitimación del poder o el intento de hacer triunfar ideologías determinadas. O bien: no es válido hacer pasar por ciencia, revestir con el prestigio de la ciencia, lo que en realidad es ideología (Correas, 1996, p. 134).

Kelsen limitó de manera notable el campo de la ciencia jurídica, eliminando de su ámbito todo tipo de consideración política y social. Hecho y norma fueron radicalmente diferenciados y todo reparo moral completamente excluido. Tal y como sucede en toda ciencia, su objeto de estudio requiere ser estudiado en forma sistemática, neutral y objetiva. Para lograr tal objetividad de la ciencia jurídica, la teoría pura inicia por establecer que el *ser* y el *deber ser* son dos ámbitos diferentes del discurso, lógicamente irreconciliables. El desarrollo de esta distinción concluyó en una dicotomía entre ciencias naturales y ciencias normativas, representando cada una un campo diferente de estudio. Las primeras se encargan de estudiar el campo de lo fáctico bajo el concepto de causalidad; las segundas, el campo de lo normativo, y en cuanto al derecho específicamente, a partir del principio de imputación jurídica. Así, Kelsen establece al derecho como una ciencia normativa, que tiene por objeto de estudio la norma jurídica, pues esta determina lo que deber ser obedecido, prohibido o permitido. Con la distinción entre ser y deber ser, Kelsen crea el imperativo de pureza metodológica: el análisis de la norma jurídica debe prescindir de todo contenido fáctico, dado que los hechos se relacionan conceptualmente con el

principio de causalidad y esto es lógicamente incompatible con el ámbito del deber ser. De allí que Kelsen insista en excluir ciencias como la sociología o la política, porque sitúan sus análisis más allá del ámbito jurídico.

Sin embargo, en esta monografía se demostrará que este imperativo de pureza trae consigo algunas consecuencias negativas a la ciencia jurídica y a la práctica del derecho. Bajo este esquema científico, los análisis de la ciencia se limitarían a la interpretación de normas jurídicas sin considerar ningún tipo de valor político o social. En cuanto a la práctica jurídica, la teoría pura asume una neutralidad en las decisiones judiciales, pues el juez tampoco puede realizar ningún tipo de consideración al momento de emitir sus decisiones judiciales. Es decir, se limita a la aplicación de una norma jurídica –sanción– a un hecho condicionado –operación deductiva de la imputación–. Según esta concepción, el juez aplica el derecho que le es dado por el cuerpo legislativo; la pasividad del juez a la hora de adjudicar los derechos (pues el imperativo de pureza obliga al juez a tomar solo en consideración lo que dice el marco legal, limitándose únicamente a la interpretación de la norma, sin la posibilidad de considerar valores como los de justicia y equidad) satisface la necesidad de seguridad jurídica.

La decisión del juez pasa a ser una operación de naturaleza impersonal para que no interfiera en sus decisiones consideraciones de ningún tipo. Es menester que el derecho tenga los ojos vendados ante todos estos factores –odio, piedad, conveniencia de la sanción, pretensiones de las partes– para que la decisión judicial solo sea con base en derecho. En la teoría pura se ve la tentativa de aproximar la adjudicación de derechos a un cálculo, a algo cuya exactitud proteja a los individuos de una interpretación ideológica del derecho (y por más que Kelsen se esfuerza por hacer una división entre ciencias naturales y ciencias normativas, parece asumir que el fenómeno jurídico puede ser estudiado y aplicado al igual que una operación matemática). Esto nos da la idea de que no estamos supeditados al poder del soberano, sino a la protección de un sistema jurídico neutral.

Una vez establecidos los hechos, basta formular el silogismo judicial, cuya premisa mayor debe estar formada por las reglas de derecho apropiadas y la menor por la comprobación de que se han cumplido las condiciones previstas en la regla, de manera que la decisión viene dada por la conclusión del silogismo (Perelman, 1979, p. 39).

Estas restricciones de la teoría pura parecen constituir una ciencia que no permite comprender el fenómeno jurídico, pues el derecho, al contrario de lo que afirma Kelsen, es un fenómeno complejo

en el que se evidencian diversos factores sociales, políticos y morales. Esto último se hace mucho más complejo cuando en la práctica jurídica y en las decisiones judiciales, más que darse una simple deducción y aplicación de normas jurídicas, se hacen en realidad procedimientos atravesados por un sin número de elementos –consideraciones políticas, morales, sociales, económicas–.

Así es imposible afirmar una neutralidad en las decisiones jurídicas, dado que el proceso de imputación jurídica no es una simple operación deductiva en el que se aplica una norma jurídica a un hecho condicionado, sino que, por el contrario, es un proceso complejo en el que el juez considera si la sanción es equitativa, justa y conveniente. Además de sustentar argumentativamente sus decisiones judiciales o presentar sus objeciones a ciertas leyes que considera injustas. La naturaleza del derecho no puede reducirse a un conocimiento puramente teórico, sino que hace parte del uso práctico de la razón. “En efecto, si uno se atiene al método positivista, hay que excluir la idea de una elección, de una decisión o de una solución *razonable*, que implica la posibilidad de un uso práctico de la razón” (Perelman, 1979, p. 135).

1. Pureza metódica en la ciencia jurídica de Kelsen

El principio de imputación cumple fundamentalmente dos objetivos dentro de la teoría pura del derecho. El primero es justificar epistemológicamente una correcta representación del conjunto de normas que integran un sistema jurídico; y el segundo asegura la pureza de la teoría sobre una base lógica que impida justificar la validez del derecho sobre cualquier otro criterio que no sea estrictamente jurídico.

Enrique Bocado (1993, p. 16)

En los prólogos de la TPD, Kelsen comienza a dar rasgos de lo que entiende por el término “pureza”. Establece que su objetivo es crear “una teoría pura del derecho purificada de toda ideología política y de todo elemento científico-natural, consciente de su singularidad en razón de la legalidad propia de su objeto” (1982, p.9). Así, emprende la labor de posicionar la teoría jurídica al nivel de una autentica ciencia –pura– con criterios de objetividad y exactitud. Kelsen era consciente de que la ciencia jurídica de su época se reducía a una simple argumentación jurídico-política y que metódicamente le antecedían otras ciencias; es decir, la ciencia jurídica no se diferenciaba en nada de la política o de la sociología, aquella era vista como un simple agregado discursivo de las otras ramas de investigación.

Empero, Kelsen entiende que entre las ciencias hay conexiones imprescindibles que permiten una mayor objetividad en las investigaciones; por ejemplo, conoce la conexión especial entre la matemática y la física, o de otras ramas que tienen como tarea la fundamentación o la complementación de otras ciencias (como por ejemplo lo hace la lógica). Sin embargo, la incidencia de estas ciencias solo es de fundamentación preliminar, prescindibles como preliminares, diferente es que algunas de estas ciencias tengan una intervención absoluta o total en el área de investigación de la ciencia que se maneja y que los propósitos de explicación de una ciencia sean abordados arbitrariamente por otra. Kelsen como todo científico no tiene otro remedio que tomar partido contra este agravante y se permite hacer una depuración de la ciencia jurídica³. Pues, no es sólo que una ciencia de investigación intervenga en

³ Este proceso de depuración no solo se da en la ciencia jurídica, sino que se da en un sin número de ramas de la ciencia. Hasta tal punto había llegado la contaminación ideológica de la ciencia en general que la necesidad de depuración se volvió un imperativo de la época. Así, por ejemplo, Einstein emprende esta labor en la física, Spengler en la Historia o Uexkuell en la ciencia biológica.

otra con propósitos explicativos, sino que lo hagan bajo fundamentos y criterios ideológicos nada objetivos, poniendo en evidencia como la objetividad que otorga el derecho es utilizado por intereses políticos particulares.

Es notorio como Kelsen adopta algunos rasgos del método de la *Crítica de la Razón Pura*⁴ (2006) para establecer su teoría jurídica como ciencia pura; por ejemplo, el concepto mismo de pureza aboga por depurar la ciencia del derecho de todo aquello que no sea parte del ámbito jurídico (política, religión, ética, psicología) y por evitar algún tipo de interferencia metodológica con otras ciencias. En contraste con esto, Kant afirma que: “Permitir que las ciencias se invadan mutuamente no es ampliarlas, sino desfigurarlas” (2006, BVIII); sin embargo, esto no imposibilita a Kant para retomar fundamentaciones preliminares de ciencias como la lógica, la matemática y la física, algo que él mismo catalogó como el *sendero seguro de la ciencia*. Ahora bien, salta a la vista que este proceso depurador del derecho tiene como objetivo principal un elemento dominante que hay que apartar de la ciencia jurídica.

En verdad, el pleito no atañe al lugar de la ciencia jurídica en el marco de la ciencia, (...) se trata de la relación de la ciencia del derecho con la política, de la neta separación entre ambas; de la renuncia a la arraigada costumbre de defender exigencias políticas en nombre de la ciencia del derecho, invocando, pues, una instancia objetiva, exigencias políticas que sólo poseen un carácter supremamente subjetivo aun cuando, con la mejor fe, aparezcan con el ideal de una religión, una nación o de una clase (Kelsen, 1982, p. 10).

Aquí se amplían los motivos que dan paso a la depuración de la ciencia jurídica, dado que algunos de estos ideales religiosos o políticos se sustentan a su vez bajo elementos naturalistas (derecho natural), en la medida en que legitiman sus exigencias bajo los postulados de la naturaleza humana o el poder del soberano⁵, Dios o la naturaleza en general. Regresando al tema de la política, esta preocupación se hace mucho más importante cuando la recepción de la teoría pura ha provocado no sólo reconocimiento en los diversos círculos académicos (hasta el punto de establecerse una escuela vienesa

⁴ En una de sus correspondencias con Renato Treves en 1933, Kelsen afirma lo siguiente: “Es absolutamente verdad, que el fundamento filosófico de la TPD reposa sobre la filosofía kantiana o, más precisamente sobre la interpretación coehniana de su filosofía. (...) Así como la filosofía trascendental se dirige contra la metafísica, la TPD se dirige contra el derecho natural, siendo este el correlato exacto, en el dominio de la realidad social en general, y del derecho positivo en particular, de la metafísica”.

⁵ Recordemos que el derecho divino de los reyes fue el respaldo jurídico y político de los monarcas. Por ejemplo, según la concepción de Hobbes, quien no distinguía entre valores morales y normas jurídicas, tanto los juicios morales como los juicios jurídicos solo eran intersubjetivamente válidos cuando el “soberano” declaraba que lo eran.

de la TPD), sino que ha desatado una oposición apasionada en el que actúan intereses políticos y no científicos.

La TPD ha sido criticada desde casi todas las posturas políticas: ha sido relacionada con un formalismo extremo⁶, con ser una teoría vacía de contenido; otros en mérito de sus purificaciones la han catalogado con ser una teoría subversiva que pone en peligro el Estado constituido. Más aun, uno de los reproches más reiterados hacia la teoría pura es que, por su pretensión de pureza ante toda incidencia política, es una teoría alejada de la vida y carente de todo valor, como dotada de una especie de neutralidad científica⁷. Así,

“(…) los fascistas la explican como un liberalismo democrático; los demócratas, liberales o socialistas, la tienen como una avanzada del fascismo. Desde el lado comunista es descalificada como ideología del estatismo capitalista; desde el lado del capitalismo nacionalista (...) como un disimulado anarquismo” (Kelsen, 1982, p. 10).

Con todo, Kelsen delimita su teoría pura de la siguiente manera: “La *teoría pura del derecho* constituye una teoría sobre el derecho positivo; se trata de una teoría sobre el derecho positivo en general, y no de una teoría sobre un orden jurídico específico” (1982, p. 15). En esta primera afirmación, se hace evidente la influencia del positivismo jurídico⁸ en contraposición con el derecho natural. A partir del positivismo jurídico solo lo dado (hechos) puede ser considerado como objeto de la ciencia, tanto la validez de la norma como la efectividad de la misma están condicionados a partir de hechos. Pero, ¿cuáles son estos hechos? Para Kelsen son dos: 1) la creación del derecho (validez), 2) aplicación del derecho (efectividad).

⁶ En 1963 Kelsen hace esta afirmación: “(…) Desde el punto de vista de la ciencia del derecho, el derecho durante la dominación nazi fue derecho. Podemos lamentarlo, pero no negar que fue derecho” (Sobrevilla, 1991, p. 85). Esto significó para algunos juristas la confirmación de sus peores sospechas, condenando a la teoría pura de ser aliada del régimen nazi; sin embargo, esta sospecha nace de una confusión conceptual del término “positivismo jurídico” y de un desconocimiento profundo de la teoría, esta confusión permitía relacionar el positivismo jurídico con una ideología del derecho y con un modo de entender la ciencia. Se desconoce precisamente que la exigencia de pureza de la teoría busca eliminar estas ideologías del derecho.

⁷ Cabe resaltar la influencia de Weber en relación con el problema de la neutralidad valorativa de la ciencia; más específicamente, en el libro *El político y el científico*.

⁸ “En correlación estrecha con el progreso de las ciencias experimentales y con el análisis crítico de la ideología religiosa, la ciencia burguesa del derecho abandona el derecho natural y se vuelve hacia el positivismo. (...) El derecho ya no es más considerado como una categoría eterna y absoluta. Se reconoce que su contenido varía según las épocas y que el derecho positivo es un fenómeno condicionado por las circunstancias de tiempo lugar” (Kelsen, 2009, p. 53).

Desde el punto de vista del positivismo jurídico, los actos mediante los cuales es estatuido el derecho o, según se dice en sentido figurado, es creado, son actos humanos. Sólo por medio de los hombres, el derecho estatuido es derecho positivo (Kelsen, 1966, p. 132).

El conflicto con el derecho natural se da porque la creación de este tipo de normas tiene como fundamento valores absolutos imposibles de sostener científicamente, incurriendo en graves contradicciones lógicas (como pasar por alto la distinción entre ser y deber ser) que imposibilitan la creación de una ciencia del derecho. Ahora bien, al delimitar su teoría pura al derecho positivo establece a la norma jurídica como el objeto de la ciencia del derecho; también a la conducta humana, pero solo cuando esta se encuentra determinada o es contenido de alguna norma jurídica. Las relaciones entre los hombres solo interesan a la ciencia del derecho en tanto relaciones jurídicas⁹, relaciones que son constituidas mediante normas jurídicas, como la celebración de un contrato. El objetivo de Kelsen es, por lo tanto, establecer un concepto de derecho, determinar qué es o cómo es, y no lo que debe ser, de ahí que su teoría sea señalada como ciencia jurídica y no como política jurídica:

Al caracterizarse como una doctrina “pura” con respecto del derecho, lo hace porque quiere obtener solamente un conocimiento orientado hacia el derecho, y porque desearía excluir de ese conocimiento lo que no pertenece al objeto precisamente determinado como jurídico. Vale decir: Quiere liberar a la ciencia jurídica de todos los elementos que le son extraños. Este es su principio fundamental en cuanto al método (1982, p. 15).

Por esta razón, Kelsen emprende la labor de dar a la ciencia jurídica su propio objeto de estudio (norma jurídica), y con ello, distinguir al derecho de otras ramas como la sociología, la psicología, la ética y la política. Para Kelsen, confundir la ciencia jurídica, su método y su objeto, con otras ramas de estudio genera impurezas e imprecisiones conceptuales. Cabe aclarar, como lo dijimos líneas atrás, que Kelsen no pretende deslegitimar los análisis de estas disciplinas, pues el propio Kelsen rescata la rigurosidad y la necesidad de los estudios de estas ciencias sociales; sin embargo, es consciente de que si la teoría pura pretende ser el sustento metodológico de la ciencia jurídica debe establecer su propio objeto de estudio y su propio sistema científico.

⁹ “Es decir, cuando el orden jurídico confiere al individuo, en cuyo respecto otro individuo está obligado a comportarse de determinada manera, el poder jurídico de iniciar, mediante demanda, un procedimiento que lleve a que el tribunal dicte la norma individual que ordene la sanción contra el individuo que actúa contra su obligación, sanción prevista por la norma general” (Kelsen, 1982, p. 176).

La teoría pura es, entonces, un sistema de conceptos y principios jurídicos que da respuesta a un sinnúmero de temas y problemas de la jurisprudencia. El cuerpo doctrinario de la teoría pura permite una sistematización de todo lo referente al derecho positivo: su naturaleza, su objeto, su método, sus dinámicas. Algo que según Kelsen permite catalogar al derecho como ciencia.

Este es el sentido de la pureza metódica de la teoría pura de Kelsen:

Cuando a Newton le preguntaron, en alguna ocasión, cuál era su actitud frente a la ciencia, contestó con una hermosa imagen: que se sentía como un niño en una playa, coleccionando conchas e ignorando o desconociendo el inmenso mar que tenía por delante (Schmill & Vernengo, 1984, pág. 10).

La razón principal de esta exclusión se da porque a partir la distinción entre ser y deber ser (que será explicada más adelante), Kelsen lleva a cabo una separación entre ciencias normativas y ciencias naturales. Ciencias como la sociología o la política hacen parte de las ciencias naturales (ámbito del ser), mientras que la ciencia jurídica hace parte de las ciencias normativas (ámbito del deber ser). En esa medida la ciencia jurídica no puede ser estudiada o comprendida bajo criterios metodológicos y conceptuales de las ciencias naturales, pues de ser así se incurriría en graves contradicciones lógicas. Más aún, porque los fenómenos jurídicos tienen la particularidad de estar sometidos al *principio de imputación*, en cambio los hechos naturales que son el objeto de estudio de las ciencias naturales se encuentran sometidos al *principio de causalidad*.

¿Pero, por qué Kelsen procede de esta forma? En realidad, este proyecto de pureza metódica no es otra cosa que ir en contra de cierta costumbre investigativa de su época. En aquella época afirma Kelsen, no se reparaba en encontrar métodos adecuados dependiendo de la región de objetos que se iba a investigar; así, por ejemplo se utilizaba el método científico natural para investigar regiones de lo espiritual o lo social. Por tal motivo Kelsen ve la necesidad de implementar la distinción entre ser y deber ser, entre ciencias naturales y ciencias normativas; tomando sigilosas precauciones en cuanto al método de investigación y a la clase de conocimiento que debe emplear para estudiar su respectivo objeto. El campo de lo espiritual y lo social desde ahora debe ser tratado con independencia al conocimiento natural, porque tratarlas por igual tiene como resultado nada menos que equiparar dos regiones del conocimiento totalmente diferentes.

En todo caso, Kelsen se interesa en establecer una teoría unitaria del derecho positivo, lo que él mismo ha llamado TPD. En su *Teoría general del Estado* (1992) afirma:

La resolución del problema acerca de si la “*Teoría general del Estado*” merece tal nombre, es decir, de si tiene derecho a valer como una disciplina autónoma, depende de que todas las cuestiones mencionadas puedan constituir un sistema unitario necesario y cerrado. (...) podrá legitimarse como Ciencia autentica, cuando logre desenvolver y solucionar, *partiendo de un único principio fundamental*, todos los problemas abarcados bajo esta denominación (p. 105,106).

Kelsen analiza y expone conceptos jurídicos fundamentales, como sanción, norma jurídica, imputación, obligación, etc., que posibilitan la unidad de la ciencia jurídica. Estas categorías son condiciones de posibilidad para concebir una teoría unitaria del derecho. Por ejemplo, existen teorías o estudios científicos particulares que exponen el contenido de algún sistema jurídico de algún lugar y tiempo determinado, como el derecho civil mexicano, el derecho laboral colombiano, el derecho penal francés, los estudios jurisprudencias norte americanos; sin embargo, todas estas descripciones, todos estos análisis pueden ser comprendidos unitariamente, a saber por los conceptos que utiliza para sus sistematizaciones.

Todas ellas utilizan los conceptos fundamentales anteriormente nombrados, con la particularidad de ser descritos según el sistema jurídico particular que se estudia. En esa medida, si se logra sistematizar de manera clara y suficiente estos conceptos fundamentales —que pueden ser utilizados para explicar cualquier orden jurídico particular—, entonces, se podría considerar que los enunciados jurídicos que se unifican en un sistema científico gracias a estos conceptos fundamentales pueden lograr validez objetiva. Es por eso que para Kelsen la TPD es una teoría sobre el derecho positivo en general y no de un orden jurídico en particular. La teoría pura cumple la función precisamente de ser un sistema científico de conceptos fundamentales del derecho que permiten brindar unidad y objetividad a los enunciados jurídicos.

Ahora bien, como el objeto de estudio de la teoría pura es la norma jurídica y la finalidad de la pureza metodica es excluir todo contenido diferente al jurídico, la diferencia que me interesa recalcar es el punto específico en el que terminan los hechos naturales (*ser*) y comienzan los actos jurídicos (*deber ser*). Kelsen distingue entre *lo que acontece* y su *significado jurídico*, una dimensión natural y una dimensión significativa. Así, el estado de cosas pertenecientes al derecho tiene una doble pertenencia, por un lado, al necesitar de los actos humanos está incluido dentro del mundo de la naturaleza y; por otro lado, en el de las significaciones, y en este caso concreto es una significación de carácter jurídico. “Se reúnen hombres en un recinto, pronuncian discursos, algunos levantan las manos,

otros no: esto es lo que acontece externamente. Su significación: se ha resuelto dictar una ley, se ha producido derecho” (Kelsen, 1982, p. 16). Cabe decir también que los actos o los acontecimientos fácticos contienen para la teoría pura un sentido subjetivo y un sentido objetivo.

Cuando una organización clandestina, con el propósito de liberar a la patria de sus lacras, condena a muerte a alguien considerado por ella como un traidor, lo que subjetivamente considera, y denomina como una condena capital que hace cumplir por un hombre de confianza, objetivamente, desde el punto de vista jurídico, no constituye la ejecución de una sentencia de muerte, sino un asesinato político, aunque en cuanto al acontecer externo en nada se distinga del cumplimiento de una condena capital (Kelsen, 1982, p. 17).

Toda actuación humana se enlaza con un sentido determinado que puede ser comprendido por otros. Es posible que este sentido subjetivo coincida con el sentido jurídico (objetivo); sin embargo no es necesario que esto suceda. El sentido objetivo de los actos lo determinan y lo generan las normas, la originalidad de los sistemas jurídicos es que la norma permite identificar la significación (jurídica) de algún acto natural. Así pues, la norma jurídica es, para Kelsen, una *explicitación conceptual de los acontecimientos*, de sucesos externos generados en un espacio y tiempo determinado que hacen parte del dominio de la naturaleza en tanto están sometidos por leyes causales. Si bien las normas jurídicas son creadas mediante actos humanos y tienen como finalidad ser aplicadas a actos de voluntad, no hay que identificar estos hechos con las normas jurídicas. Si se analiza cualquier hecho tomado como jurídico se pueden distinguir dos elementos: un acto constituido en un espacio y tiempo determinado, y una significación específica dada por una norma jurídica. Así, el acto de un hombre vestido de toga en un estrado tiene como significación jurídica el pronunciar una sentencia, y como la ciencia del derecho es una ciencia normativa diferente de las ciencias naturales, su objeto de estudio no son los actos humanos, sino su significación jurídica. Lo que hace la norma jurídica no es más que dar sentido a ciertos actos naturales que tienen relación con el ámbito de lo jurídico.

El acontecimiento en cuestión logra su sentido específicamente jurídico, su significación propia en derecho, a través de una norma que se refiere a él con su contenido, que le otorga significación en derecho, de suerte que el acto puede ser explicitado según esa norma (Kelsen, 1982, pág. 17).

Pero, ¿cómo llega a tener esta norma jurídica esta significación? Sencillo, la significación se la otorga una norma jurídica superior; en palabras de Kelsen: “La norma, que otorga al acto el significado de un acto conforme a derecho (o contrario a derecho), es ella misma producida mediante un acto de derecho que, por su lado, nuevamente recibe su significación jurídica de otra norma” (1982, p. 18). ¿Y qué significación tienen estas normas jurídicas?, puesto que un conjunto de normas jurídicas configuran un ordenamiento jurídico (lo que conocemos como “derecho”) y estas tienen como finalidad una ordenación normativa del comportamiento humano, las normas jurídicas ordenan, permiten o prohíben. Por lo tanto, cuando una norma jurídica superior da significación a una norma jurídica inferior es porque el derecho se lo permite. Es decir, cuando un juez de la República emite una sanción jurídica es porque una norma jurídica superior permite o faculta a tal órgano de derecho a emitir esos fallos. Y tales sentencias tienen fuerza de ley porque una norma superior establece su validez. Por eso los fallos judiciales deben ser con base en derecho¹⁰. Según esto, la validez de la norma jurídica no recae en el acto de voluntad del juez, sino en la norma jurídica. Es evidente que se necesita del acto del juez para interpretar y emitir el fallo judicial, pero la validez o la existencia positiva de ese acto creador de derecho –fallo judicial– no depende de la omnipotencia del juez, sino de la significación de una norma jurídica¹¹. Esta subordinación de la validez de una norma jurídica en otra norma jurídica superior, se da en mandato de la distinción entre el ser y el deber ser. **De un deber ser, no puede seguirse un ser;** en cambio, de un deber ser –norma jurídica– se puede deducir otra oración normativa.

“Estas significaciones son el objeto único del conocimiento jurídico, quedando olvidado definitivamente el lado fáctico de la situación (...)” (Carrillo, 2010, p. 50). Esta es otra razón por la cual la ciencia jurídica de Kelsen se considera *pura*, dado que se dedica al estudio exclusivo de la norma jurídica excluyendo todo contenido empírico. Por ende, la validez de la norma jurídica no depende del acto humano, porque la norma sigue teniendo vigencia aun cuando ella no sea aplicada, acatada o aun cuando el acto de voluntad haya dejado de existir, como por ejemplo pasa con la figura jurídica del testamento, que aunque el titular del derecho ha fallecido, el acto de derecho (testamento) sigue teniendo vigencia.

¹⁰ Por ejemplo, cuando un juez de la República emite una sanción penal es porque lo hace con base a las disposiciones del Código Penal Colombiano. Y este código penal fue a su vez sancionado por un órgano legislativo facultado por la Constitución.

¹¹ Así pues, se puede concluir que el positivismo jurídico hace referencia a un ordenamiento jurídico creado por hombres facultados para regular a otros hombres por ese mismo sistema jurídico.

Teniendo en cuenta lo anterior, podemos afirmar que la norma jurídica necesita de un acto de voluntad para poder ser aplicada. El acto de voluntad es la condición necesaria para que pueda generarse la imputación. Si por un acto de voluntad se diera muerte a otra persona se debe, entonces, imputar una sanción establecida con anterioridad en una norma jurídica. Esto lleva a Kelsen a afirmar que la norma jurídica está dada como un *juicio hipotético* (si X es, entonces Y debe de ser) que enuncia un hecho condicionante a una consecuencia condicionada. Kelsen se ve obligado, por ello, a reconfigurar la noción de *deber ser*¹², porque esta noción se encuentra en relación con la axiología y con las disposiciones del derecho natural. Siendo esta la causa principal del por qué Kelsen se fundamenta en la epistemología kantiana y no en el Kant de la *Metafísica de las costumbres*. Recordemos que la pretensión de la TPD es estudiar qué *es* el derecho o la norma jurídica y no establecer cómo *debe ser* el derecho

. Por último, es preciso establecer una distinción importante entre derecho y ciencia jurídica. Kelsen distingue entre norma jurídica y enunciado jurídico, las primeras hacen parte de algún sistema jurídico –derecho–. La segunda, son los enunciados o las oraciones de la ciencia jurídica. La gran diferencia entre el uno y el otro es que las normas jurídicas tienen capacidad coactiva, en cambio los enunciados de la ciencia jurídica son solo enunciados descriptivos, “(...) las ciencias normativas no necesitan crear normas, sino simplemente conocerlas, porque la ciencia nunca es voluntad prescriptiva, creadora, sino inteligencia descriptiva, perceptiva” (Ebenstein, 1947, p. 19). ¿Pero qué es aquello que describe y percibe esta ciencia jurídica? Al caracterizar Kelsen el derecho como ciencia normativa quiere decir que esta se encarga de la explicación y la descripción de las normas jurídicas. Cuando se afirma que la ciencia jurídica debe dedicarse sólo a establecer qué es el derecho, esto no quiere decir que la ciencia jurídica se interese por el campo fáctico o que sus enunciados sean características objetivas de un hecho, son más bien descripciones e interpretaciones de una norma jurídica o de un sistema jurídico, es por esta razón que el objeto único de la TPD es la norma jurídica.

¹² Para William Ebenstein (1947) la distinción entre el ser y el deber ser es propia de la filosofía kantiana, Kelsen lleva esta distinción hasta sus últimas consecuencias, hace del ser y el deber ser un antagonismo formal-lógico. El alcance de esta distinción fue tal que dio como consecuencia inevitable una división de las ciencias expresada en su teoría pura como ciencias *causales* y ciencias *normativas*. “Según el objeto de la investigación está, o el ser de hechos reales –esto es, realidad–, o un deber ser ético-jurídico-estético, etc. –esto es, idealidad–, y así nuestro conocimiento se divide en dos grupos fundamentales distintos, el mundo en dos reinos que no une ningún sendero” (1947, pág. 18).

1.2 Sociología y ciencia del derecho

En el campo del derecho sucede la particularidad de distinguir entre un hecho natural y su significación jurídica. Para Kelsen, las ciencias naturales se encargan de estudiar los actos naturales de los individuos que se generan en un espacio y tiempo determinado, sujetos al principio de causalidad. El derecho, en cambio, al tener como único objeto de estudio la norma jurídica –principio de imputación– no debe interesarse de estos hechos naturales.

El suceso exterior es un acontecimiento en el espacio y en el tiempo, cosa de la naturaleza y es un objeto para la cognición causal, no normativa ni jurídica (...) Lo que primero convierte al suceso exterior en un acto de derecho en su sentido objetivo, específicamente jurídico. Esta significación la adquiere de una norma que se refiere a él; el acontecimiento exterior es interpretado por la norma (Ebenstein, 1947, p. 62, 63).

Aunque es necesario que se genere un acto humano para que pueda imputarse una pena o una sanción, esto no implica que ese suceso real y causal se introduzca en la esfera normativa del deber ser. Significa solamente que algunos sucesos reales coinciden con el contenido de las normas jurídicas, manteniendo tajantemente la distinción entre ser y deber ser. “La actividad del juez llega a ser jurídica solamente cuando compara la situación de hecho con la norma jurídica, esto es, cuando examina el grado de correspondencia entre el contenido de la norma y la situación de hecho” (Ebenstein, 1947, p. 64). Así, ciencias como la sociología o la psicología, que toman interés por estudiar los actos naturales del hombre son ciencias fácticas, diferentes de la ciencia jurídica que solo se interesa por la significación normativa. En contraste, la sociología jurídica considera en sus análisis científicos, hechos naturales con otros hechos naturales. Aquí no interesa el principio de imputación de la norma jurídica, sino consideraciones políticas y sociales que se generan a través de órganos creadores de derecho.

Esta sociología del derecho no es una ciencia cultural que entiende, sino una ciencia física que clasifica sus datos de acuerdo con el modelo de causa y efecto. Es decir, pregunta qué causa una ley determinada y cuáles son sus efectos, los motivos que mueven a los hombres a someterse o a oponerse a ella en su conducta (Ebenstein, 1947, p. 67).

Ante una ley sancionada y admitida, la sociología jurídica dirigirá su atención y su análisis a los actos realizados por el órgano de derecho que sancionó tal ley y no a la ley como tal; y con base en esto relacionarlo con otros hechos, como antecedentes sociales, políticos o económicos. Según una

opinión bastante generalizada y difundida, Kelsen debería ser considerado un adversario de la sociología por el aspecto de su pureza metódica; sin embargo, esta opinión no es más que eso. Tanto que Kelsen más que desprestigiar esta ciencia, lo que hace es determinar y definir la naturaleza de la sociología empírica (de forma negativa), además de señalar los errores comunes de algunos sistemas doctrinales de la sociología que se encuentran vinculadas a las teorías del derecho natural.

Aquí solo expondré lo relacionado con los límites metodológicos entre la sociología y la ciencia jurídica. Kelsen destaca que su exclusión es de carácter preferentemente metodológico, si bien las ciencias sociales pueden tener un único objeto de estudio (sociedad), estas se distinguen únicamente por el método que utilizan al estudiar las diferentes regiones (política, psicología, ética, derecho, etc.) de ese objeto en común. Con la intención de alcanzar pureza metodológica en su teoría o de establecer cierta autonomía del derecho (norma jurídica) como objeto de conocimiento científico, toma posición y distancia con la forma en que la sociología quiere estudiar el derecho a partir de un método científico causal. Kelsen observa que las leyes de las que se ocupa la ciencia jurídica hacen referencia lógica al deber ser (*sollen*), mientras que las leyes que estudia la sociología en general (o la sociología jurídica) como disciplina explicativa perteneciente a las ciencias naturales, es decir al ser (*sein*).

De igual manera, las normas jurídicas son juicios hipotéticos que se basan en el principio de imputación, y las leyes que estudian y son objeto de las ciencias naturales son juicios explicativos basados en el principio de causalidad. En breve, mientras los fenómenos naturales se mueven dentro del ámbito de la necesidad, los actos normativos se mueven en el campo de la libertad. La realidad natural es aquella que existe independientemente del querer humano, su comportamiento está regido por fuerzas ajenas a la voluntad humana. Aquí se manifiesta la invariabilidad del hecho, por lo cual al darse un hecho antecedente necesariamente sucede un hecho consecuente. Por el contrario, la norma jurídica es un producto cultural, en el que se valora un hecho o comportamiento humano como contrario o ajustado a derecho. Aquí la relación entre el hecho y la valoración jurídica no es una relación de causalidad, sino de imputación. Esto es, que ante un hecho contrario a derecho un órgano competente imputa una sanción jurídica.

Pues bien, en lo que se refiere estrictamente a la sociología del derecho¹³, Kelsen entra en conflicto con los juristas alemanes Hermann Kantorowicz y Eugene Ehrlich, quienes pronuncian sus posturas en relación a la ciencia jurídica en los años cercanos a la publicación de los *Hauptprobleme* (1911), la primera gran obra de Hans Kelsen. Para Kantorowicz la ciencia jurídica no debe limitarse a

¹³ Para una exposición más detallada puede referirse al libro de Renato Treves: *Introducción a la sociología del derecho* (1978).

ser una “ciencia de palabras”, en la medida, en que solo se limita a la interpretación de normas jurídicas, sino que debe configurarse como una ciencia valorativa, al servicio de procurar una mejor vida social a los hombres. Por su parte, Ehrlich, quien había sido miembro y defensor del movimiento de derecho libre, afirma la necesidad de desarrollar investigaciones en el campo del derecho calificándola como una ciencia de hechos y no de palabras. Sostiene que esta (la sociología jurídica) debía ser considerada como una teoría del derecho:

Desde el momento en que el derecho es un fenómeno social toda clase de ciencia jurídica es una ciencia social; pero la ciencia del derecho, en el estricto sentido del término, es una parte de la ciencia teórica de la sociedad o, lo que es lo mismo, una parte de la sociología. La sociología del derecho, por lo tanto, es la teoría científica del derecho (Ehrlich citado en Treves, 1989, p. 199-200).

Ante esto, Kelsen, siempre atento y empeñado por discutir con los teóricos de su época, aprovecha la publicación de estos teóricos para polemizar y reafirmar su distinción entre ciencia del derecho (deber ser) y sociología del derecho (ser). Afirma como el método utilizado por la sociología del derecho, al no tomar en consideración los fundamentos de la ciencia jurídica, no permite distinguir el derecho o el orden jurídico de otras dimensiones cercanas, como el orden social o la conducta psicológica ni permite aseverar una autonomía o pureza de la sociología jurídica frente a otras ramas de la sociología. Su crítica principal está en el desconocimiento, por parte de estos autores, de la distinción lógica ser/deber ser y en aquella tendencia de pasar de lo fáctico a lo normativo sin ninguna consideración. Como lo vimos con Kantorowicz al afirmar que la ciencia jurídica debe ser valorativa, o con Ehrlich quien afirma que con la norma jurídica no solo se actúa, sino que así se debe actuar. Así, el desacuerdo principal está en la pretensión de estos dos autores por querer sustituir la ciencia del derecho como ciencia del deber ser por la sociología del derecho (ciencia del ser).

La frontera importante entre el método jurídico y el sociológico, que resulta de la diversidad de las fronteras de ser consideradas ambas ciencias, en la medida en que una se dirige a un ser determinado, a saber, al hecho social, y la otra a un deber ser determinado, a saber, el legal, esta frontera es la que los juristas se sienten tentados a cruzar cuando, más allá del reconocimiento de un deber, más allá de las normas legales, aspiran a dar una explicación del hecho efectivo que ha de ser reglamentado por esta norma jurídica (Kelsen, 1984, p. 290-291).

Por otra parte, Kelsen afirma cómo los estudios de Max Weber son el intento más afortunado por definir el objeto de la sociología jurídica. Considera que cuando nos interesamos por estudiar el derecho o la norma jurídica debemos distinguir cuidadosamente las consideraciones entre la jurisprudencia y la sociología. La primera, refiere al estudio de normas jurídicas idealmente válidas (validez formal)¹⁴; el segundo, indaga lo que de manera efectiva sucede en una sociedad, de las razones de por qué las personas obedecen un ordenamiento jurídico y orientan su comportamiento como lo establece la norma jurídica. Esto no es más que la distinción manejada por Kelsen entre validez y efectividad de las normas jurídicas. Así, Weber define que el objeto de la sociología jurídica es la conducta que el individuo ha modelado según un ordenamiento que él considera válido.

Puesto que la validez de la norma no es algo real [natural], corresponde distinguir su validez de su eficacia, esto es, del hecho real de que ella sea aplicada y obedecida en los hechos, de que se produzca fácticamente una conducta humana correspondiente a la norma” (Kelsen, 1982, p. 24).

Sin embargo, el acuerdo entre Weber y Kelsen llega hasta este punto, porque Kelsen no se limita a afirmar la existencia de dos puntos de vista (jurídico y sociológico) que deben ser distinguidos, sino que, además, defiende la idea de que la ciencia jurídica tiene cierta prioridad en comparación con la sociología. El argumento principal de esta afirmación reside en que la sociología necesita de la ciencia jurídica para poder distinguir los actos jurídicos de otros tipos de comportamiento. “Solo refiriendo tal comportamiento al derecho, concebido como sistema de normas válidas, al derecho tal como lo define la jurisprudencia normativa, es capaz la jurisprudencia sociológica de distinguir su objeto específico del de la sociología general” (Kelsen citado en Bobbio, 1989, p. 69).

Óscar Correas Vázquez (1989), teórico mexicano del derecho, presenta una opinión contraria a la de Kelsen, afirma que la sociología jurídica es una condición de la ciencia del derecho. A partir de la distinción entre validez y efectividad, ya líneas atrás explicada, asegura que solo se puede predicar validez de un ordenamiento jurídico después de su respectivo estudio empírico que demuestre el

¹⁴ “Con el termino validez designamos la existencia específica de una norma. Cuando describimos el sentido, o el significado, de un acto que instituye una norma, decimos que, con el acto en cuestión, cierto comportamiento humano es ordenado, mandado, prescrito, preceptuado, prohibido; o bien, admitido, permitido, autorizado. Cuando nosotros, como hemos propuesto anteriormente, recurrimos a la palabra “deber” con un sentido que comprende todos esos significados, podemos expresar la validez de una norma diciendo que algo debe ser o no; o deber ser hecho o no” (Kelsen, 1982, p. 23-24). Cabe agregar que la validez de una norma jurídica se da porque una norma jurídica superior faculta a algún órgano de derecho para crear normas. La validez recae en un “deber ser”, en una norma jurídica y no en un hecho concreto.

cumplimiento de la norma o las relaciones sociales que se derivan de la misma. En esta medida la ciencia normativa es posterior a la sociología jurídica.

De otra manera: si la jurisprudencia normativa tiene por objeto describir las normas válidas de un sistema jurídico, si tales normas son válidas porque pertenecen a un orden eficaz, si este orden es eficaz cuando son eficaces las normas que lo integran, no veo cómo escapar a la conclusión de que, en Kelsen, esta ciencia depende del estudio de la eficacia de la normas (Correas, p. 406).

Esta interpretación de Correas olvida un aspecto importante de la teoría pura. La eficacia de la norma jurídica es una condición suficiente pero no necesaria, la validez de la norma no depende de su eficacia. En esto es claro Kelsen cuando afirma que la validez de una norma recae en una norma jurídica superior, y que si bien se necesita de un acto humano para crear derecho (juez) o para que se cumpla la condición para una sanción, la validez no depende de estos actos humanos (reales), sino que depende de otro deber ser (norma jurídica). Si la validez de una norma dependiera necesariamente de la eficacia de la norma, de los actos humanos que son acorde a derecho, la distinción ser/deber ser desaparecería. En palabras de Kelsen:

La existencia de una norma positiva, su validez es diferente de la existencia del acto de voluntad cuyo sentido objetivo ella es [efectividad] (...). Que una norma valga quiere decir algo distinto a afirmar que ella es aplicada y obedecida en los hechos (...) (1982, p. 24).

Para Kelsen las normas jurídicas adquieren validez aún antes de ser aplicadas, pues la validez la genera una norma superior y no un hecho que se vuelva contenido de esa norma (eficacia). La salvedad que hace Kelsen es que la norma jurídica debe ser aplicada para que con el tiempo no pierda validez. Algunas veces las normas se vuelven inútiles con el pasar del tiempo, porque no se aplican o porque cierto tipo de comportamiento que se quería regular ya no se presenta, esto hace que este tipo de normas pierdan validez. “La eficacia es condición de la validez en aquella medida en que la eficacia debe aparecer en la imposición de la norma jurídica, para que no pierda su validez” (Kelsen, 1982, p. 25). Esta última afirmación de Kelsen puede llevar a confusiones, sin embargo, trataremos de hacer esto mucho más claro. Es un error por parte de Correas afirmar que solo puede ser válida una norma

cuando es eficaz. Precisamente Kelsen afirma que esta idea es falsa, pues hay múltiples normas que son válidas aunque no sean eficaces¹⁵.

Lo que expresa la teoría pura es que la validez normativa no es idéntica a su eficacia real, es decir, el contenido normativo no es similar al acto real que implanta tal norma. Pero, la eficacia de una norma jurídica, junto a la norma que la instaura son condiciones de validez de la norma jurídica.

La eficacia es una condición de la validez, pero no se identifica con ella. Esto debe señalarse con todo énfasis, puesto que siempre se reincide en la tentativa de identificar la validez del derecho con su eficacia; uno se ve llevado a esta identificación porque la misma pareciera simplificar esencialmente el planteo teórico. Pero tal tentativa esta necesariamente condenada al fracaso. (Kelsen, 1982, p. 224, 225).

En suma, la teoría pura expone una solución asequible al problema de la validez y la eficacia. Una norma jurídica es válida cuando hay una norma jurídica superior que regula su producción y cuando la norma se aplica eficazmente; puede que alguna norma pierda validez al dejar ser eficaz, sin embargo, esto no implica que su validez deóntica también se elimine, esta vale formalmente por ser parte de un sistema jurídico, perdiendo sólo su validez material al no ser aplicada.

¹⁵ “Las normas de un orden jurídico positivo valen *porque* la norma fundante básica, que es regla base de su producción, es propuesta como válida, y no por ser ella eficaz; pero aquellas normas solamente tienen validez *cuando* (es decir, mientras) ese orden jurídico sea eficaz” (Kelsen, 1982, p. 224).

2. La distinción ser y deber ser

Si se toma el deber ser en un sentido estrictamente lógico, como forma en contraposición total al ser, entonces no debe identificársele con ninguno de sus contenidos, no se deberá dar ningún ser, de cualquier tipo que fuere, por un deber ser.

Hans Kelsen (1989, p. 288).

La distinción entre ser y deber ser tiene dos aspectos: el primer aspecto funciona como criterio de pureza, pues a partir de ella se genera una división entre ciencias naturales y ciencias normativas, en el que se posiciona a la ciencia jurídica bajo el principio de imputación diferente al de causalidad. Estableciendo en esa medida una estructura conceptual y metodológica propia de la ciencia jurídica. El segundo aspecto se relaciona con la noción de ideología (concepto que se desarrollará en el próximo capítulo) y con la crítica al derecho natural, porque esta concepción del derecho rompe con esta distinción para justificar intereses subjetivos a partir de la creación de sistemas jurídicos. Esto significa que la exclusión de ciencias, como la sociología y la política; y la crítica al derecho natural son instancias y aplicaciones de la distinción entre ser y deber ser.

Es posible encontrar algunas definiciones del concepto de deber ser a lo largo de la obra de Kelsen¹⁶. Nuestra intención no es hacer algún tipo de reconstrucción de este concepto, sino exponer su significado a partir de la TPD. Kelsen entiende el ámbito del ser como el campo de la naturaleza, aquel campo de la experiencia que está sometido a la ley de la causalidad; mientras que la libertad del individuo se encuentra en el campo del deber ser, pero esta no se encuentra sometida a la ley de causalidad, sino al principio de imputación, es decir, a la posibilidad de que el individuo pueda ser juzgado jurídicamente por algún delito.

Si las acciones humanas estuvieran sometidas al principio de causalidad, estas se encontrarían determinadas con anterioridad. La acción que ha sucedido tendría necesariamente una causa y esta a su vez una causa anterior, convirtiendo la esfera de la experiencia en un conjunto de la naturaleza. Pero,

¹⁶ En un primer momento, Kelsen relacionó el concepto deber ser con una categoría del entendimiento, siguiendo la afirmación de Simmel: “Tal como el ser, el deber ser es una categoría originaria y, de la misma manera como no puede describirse qué es el ser o el pensar, tampoco hay una definición del deber ser. El deber ser es un modo del pensar como lo es el futuro y el pretérito o como el subjuntivo o el optativo. La diversidad esencial de ambas concepciones hace aparecer al ser y al deber ser como dos mundos separados” (Kelsen, 1989, p. 286).

“(…) la razón crea la idea de una espontaneidad capaz de comenzar a actuar por sí misma, sin necesidad de que otra causa anterior la determine a la acción en conformidad con la ley del enlace causal” (Kant, 2006, A533). Pero puede surgir confusión al notarse que el comportamiento humano comparte características propias de la naturaleza y la cultura, esto es, el individuo se mueve en las esferas natural y social. De manera que el comportamiento humano puede pertenecer a uno u otro universo, dependiendo del principio que se aplique para su estructuración y explicación: 1) comportamiento social determinado por leyes naturales (principio de causalidad) y 2) comportamiento social ajeno a la determinación causal. Así el comportamiento humano en tanto contenido de norma jurídica se constituye como el objeto de ese conocimiento organizado por el principio de imputación.

Entonces, el derecho parte de la libertad del individuo, pues es la única forma que permite juzgar jurídicamente algún acto. Kelsen tiene en cuenta el ámbito de la libertad y lo relaciona con la facultad que tienen los organismos de derecho de imputar una sanción, por medio de una norma jurídica, a un hombre que comete o *inicia por sí mismo* un acto contrario a derecho. Este condicionamiento del acto humano por parte de algún sistema jurídico es el límite que se establece al sentido práctico de la libertad. La libertad es la independencia que goza la voluntad respecto de la imposición de los sentidos (o respecto del principio de causalidad), la voluntad puede ser afectada por los sentidos, pero esta no puede imponerse, pues “(…) la sensibilidad no determina su acción de un modo necesario, sino que el hombre goza de la capacidad de determinarse espontáneamente a sí mismo con independencia de la imposición de los impulsos sensitivos” (Kant, 2006, A534).

Sin embargo, cuando la sensibilidad, los sentimientos o las pasiones logran imponerse a la voluntad del individuo o el individuo mismo determina iniciar por sí mismo una acción contraria a derecho se debe, entonces, imputar una sanción. Así, Kelsen convierte la distinción entre ser y deber ser en una distinción entre ciencias naturales y ciencias normativas¹⁷. Las primeras, son ciencias de la naturaleza, ciencias que se rigen a partir del principio de causalidad; las segundas, son ciencias del deber ser, que tiene como finalidad regular la libertad y la acción de los hombres en la sociedad. El derecho hace parte de estas ciencias normativas, tiene la peculiaridad de establecer actos coactivos y de imputar sanciones ante actos contrarios a derecho.

17 “Hace del ser y el deber ser un antagonismo formal-lógico, insoluble, que tiene como consecuencia una inevitable distinción de las ciencias. Según el objeto de la investigación está, o el ser de hechos reales –esto es, realidad-, o un deber ser ético-jurídico-estético, etc., -esto es, idealidad-, y así nuestro conocimiento se divide en dos grupos fundamentales distintos, el mundo en dos reinos que no une ningún sendero. En consecuencia, las ciencias se dividen en ciencias causales y ciencias normativas” (Ebenstein, 1947, p. 18).

Dado que la conexión del delito y sanción queda establecida por una prescripción o una autorización, es decir, por una “norma”, la ciencia jurídica describe su objeto mediante proposiciones en las cuales el delito está relacionado con la sanción mediante la cúpula “debe”. Yo mismo he sugerido llamar imputación a esta conexión (Kelsen, 1991, p. 225).

El criterio de distinción entre estas ciencias es el siguiente: en las indagaciones de las ciencias naturales se da un tipo de relación proposicional lógico-conceptual y de carácter científico muy específico: una relación de necesidad propia del principio de causalidad. Por el contrario, para el conocimiento del derecho se requiere una relación proposicional lógico-imputativa. “El principio de causalidad afirma que si existe A, entonces existe (o existirá) B. El principio de imputación, afirma que si existe A, entonces debe existir B” (Kelsen, 1991, pág. 231). Por ejemplo, bajo el principio de causalidad, los efectos de calor sobre un objeto metálico lo dilatan (ley natural); bajo el principio de imputación, si un hombre mata, debe ser encarcelado (ley jurídica). La diferencia se da porque la relación condición y consecuencia¹⁸, causa y efecto en el principio de causalidad no dependen de ningún acto humano; por el contrario, el principio de imputación necesita de los actos humanos, pues la norma regula el comportamiento; más aún, porque en la imputación el término *debe* es la cúpula que da significado entre la condición y la consecuencia¹⁹. Kelsen instaura una separación radical entre el conocimiento natural y el conocimiento jurídico. Para el conocimiento del derecho ya no vale la relación proposicional lógico-conceptual, pues esta es para uso únicamente de las ciencias de la naturaleza. La misma naturaleza del objeto jurídico exige otro tipo de relación proposicional y un modo cognoscitivo adecuado para su conocimiento. Por tal motivo fue necesario, líneas atrás, exponer el punto que diferencia los hechos naturales de los actos jurídicos:

(...) el estado de cosas tenido por Derecho (...) [prescinde] de los elementos naturales a que va artificialmente adherido. Prima la significación sobre los elementos naturales, y esto de una

¹⁸ “(...) al despojar el deber ser (*sollen*), como principio explicativo del derecho positivo, de su carácter ideológico, pues su función es descriptiva de las normas jurídicas; al reducir dicho deber ser al enlace de condición y consecuencia en la preposición jurídica, la Teoría Pura del Derecho ha franqueado el camino a ese punto de vista que resulta la evidencia del carácter ideológico del derecho” (Schmill & Vernengo, 1984, p. 12).

¹⁹ “(...) la distinción entre la ley de la naturaleza y regla jurídica debe mantenerse incesantemente desde el 199 punto de vista de una interpretación científica del mundo, la única que hace posible la existencia de una doctrina positivista del Derecho” (Kelsen, 1991, pág. 223). Ahora bien, cabe resalta la muy completa investigación de Hans Kelsen titulada *Causalidad e imputación* en el que demuestra que el principio de imputación es algo que la sociedad primitiva ya contemplaba como fundamento de interpretación de su mundo natural; es decir, el hombre primitivo entendía el principio de causalidad como principio de imputación. Bajo el principio de imputación el hombre primitivo interpreta los fenómenos naturales, una interpretación normativa y social de la naturaleza.

manera absoluta. Tanto prima esta significación del estado de cosas tenido por Derecho, que la verdadera ciencia jurídica no la tiene en cuenta sino a ella, desatendiéndose del elemento natural (Carrillo, 2010, p. 49).

Teniendo en cuenta que la norma jurídica se establece mediante una relación proposicional lógico-imputativa, y que el conocimiento jurídico está dirigido a las normas como ordenación normativa del comportamiento humano, tanto el derecho como la ciencia jurídica hacen parte del campo del *deber ser*. Así, el derecho se define como un sistema de normas que regula el comportamiento humano, son acciones humanas dirigidas con intención hacia el comportamiento de otros. Se trata de actos volitivos de organismos de derecho que a través de normas jurídicas exteriorizan la voluntad de que otro actúe de determinada manera; sin embargo, esto no significa que el hombre así actuará (en sentido causal), sino que solo el enunciado afirma que así debe actuar. “Aquí, empero, designaremos con deber el sentido normativo de un acto orientado intencionalmente al comportamiento de otro. En el término deber está comprometido el estar permitido y el estar facultado” (Kelsen, 1982, p. 19). Norma jurídica es el sentido de un acto con el cual se permite, se ordena, se prohíbe o se autoriza determinado comportamiento. En esta definición de derecho se pueden diferenciar dos momentos: 1) el acto de voluntad, que se constituye en el ámbito del ser; y 2) la norma jurídica que es un deber ser y es el sentido de la acción o del acto de voluntad (lo que líneas atrás llamamos: distinción entre lo que acontece y su significado jurídico).

Aquí de nuevo se hace presente la distinción entre el ser y el deber ser²⁰: “(...) la afirmación de que algo es —esto es, el enunciado con el cual se describe un hecho real—, es esencialmente diferente del enunciado que dice que algo debe producirse, esto es: del enunciado con el cual se describe una norma (...)” (1982, 19). Esto quiere decir que de algo que deba ser, no puede seguirse que algo es. Lo anterior no significa que estos dos campos no tengan algún tipo de relación, lo que pide Kelsen es que no haya semejanza lógica. Así lo hace ver Kelsen cuando afirma que lo que “es” puede coincidir con un “deber ser” o que lo debido tiende o está orientado a traducirse en un ser, en una acción. Pero, esto no significa que sean la misma cuestión, sino que algo que por un lado “es”, por otro lado, corresponde a algo que “debe ser”. Es una acción (ser) que se relaciona con el ámbito del deber ser, pero que nunca

²⁰ “Nos percatamos especialmente del deber ser como algo diferente del ser, si el primero, el deber ser, es el significado de un acto de un individuo intencionalmente dirigido a la conducta de otro individuo. Si, por ejemplo, A ordena a B hacer algo, describimos el acto con la expresión: A ordena que B haga algo. Esta es una afirmación de ser. Pero el significado del acto solo puede ser descrito por la afirmación: que B *debe* hacer algo, no por una afirmación de ser como: B hace o hará lo que ordene A, porque en realidad B no puede hacer lo que A le ordena” (Kelsen, 2001, p. 22).

serán iguales²¹. Ante esto, Kelsen distingue entre *comportamiento estatuido* y *comportamiento fáctico*, distinción que a mi parecer es similar a la de significado jurídico y acontecimiento. El comportamiento estatuido es el contenido de una norma y puede cotejarse con el comportamiento fáctico que corresponde o se relaciona con el comportamiento debido que estipula la norma. Lo que debe quedar claro es que el deber ser es una forma interpretativa del hecho (ser). Lo fáctico puede ser interpretado como hecho o como algo debido. El deber ser no es una forma vacía que es llenada por un hecho natural, sino que es el mismo hecho natural que se interpreta como parte del ámbito del deber ser.

La oposición de ser y deber ser es lógico-formal y mientras que uno se mantenga dentro del límite de las consideraciones lógico-formales, no habrá camino que conduzca del uno al otro; los dos mundos se encuentran separados por un abismo insalvable. La pregunta por un por qué de un deber ser concreto, puede llevar en la lógica hacia un deber ser, tal como la pregunta por el por qué de un ser se obtiene siempre únicamente a una respuesta del ser (Kelsen, 1989, p.286).

Ahora bien, en la teoría pura la noción deber ser es: 1) lo que permite relacionar el acto ilícito con la sanción (en la medida en que se da un acto contrario a derecho “debe” darse la sanción que sea explícita en la norma jurídica), 2) designa las diferentes funciones normativas de permitir, obligar y prohibir ciertas acciones (esta definición es igual a la que Kelsen da de norma jurídica, teniendo en cuenta que toda norma jurídica es un deber ser), 3) es un acto creador de una norma jurídica (hay que aclarar que el deber ser no es el acto físico como tal, sino aquella norma jurídica que faculta a algún órgano de derecho de crear normas jurídicas), 4) permite la división entre ciencias naturales y ciencias normativas y 5) es el fundamento de crítica al derecho natural y al carácter ideológico del derecho. En los *Hauptprobleme*²² publicada en 1911 y primera etapa del pensamiento kelseniano, el deber ser aparece en relación con el concepto de “imputación”. Por lo general este concepto se encuentra relacionado con el derecho penal, pero Kelsen derivó de este concepto lo que él nombraría como “imputación periférica”, aquella relación entre el supuesto y la consecuencia jurídica²³.

²¹ Kelsen asegura: “La conducta que es y la conducta debida no son idénticas; la conducta debida es igual a la conducta real, difiriendo solo en la circunstancia (modalidad) de que una tiene existencia, y la otra debe producirse” (1982, p. 20).

²² Existe una versión en español traducida por Wenceslao Roces: *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*. (1987). México, Instituto de investigaciones jurídicas, UNAM: Editorial Porrúa.

²³ “Este concepto de imputación, propio de la teoría jurídica, no es en modo alguno idéntico con el principio de la imputación formulado por la política del derecho, de tan fecunda aplicación en el derecho penal (...). Por tanto, en el concepto jurídico de la imputación expresase especialmente una relación entre el hecho condicionante —que es imputado— y la consecuencia condicionada, el acto coactivo (...)” (Kelsen, 1934, p. 64-65).

En sentido estricto, Kelsen sigue manteniendo esta noción del deber ser en la TPD, aunque con algunos agregados tras su relación con el concepto de norma jurídica. Para concluir este capítulo expondré de manera muy concreta este sentido del concepto del deber ser, dado que a lo largo de esta monografía se encontrará las diferentes distinciones que se derivan de ella. El deber ser al estar en relación con la norma jurídica pasa a ser un simple enlace entre un supuesto y una consecuencia coactiva. Por ejemplo, el artículo 103 del Código Penal Colombiano reza de la siguiente manera: “El que matare a otro (supuesto o acto condicionado), incurrirá en prisión de doscientos ocho (208) a cuatrocientos cincuenta (450) meses (consecuencia coactiva)”. Así cuando un individuo cualquiera asesina a otro, cuando a partir de un acto causa (ámbito natural, ámbito del “ser”) muerte a otro, se debe, por lo tanto imputar una sanción. El acto, el hecho natural que causa la muerte se relaciona con la norma jurídica y esta se convierte en el contenido de tal acto.

Esto no quiere decir que la norma jurídica tenga solo como característica ser parte del ámbito del deber ser, sino que además designa un conjunto de funciones normativas. El modo en el que Kelsen presenta el deber ser en una norma jurídica solo puede darse de las siguientes formas: 1) permitir, 2) ordenar y 3) facultar. Podríamos decir, entonces, que cualquier conducta humana, como cerrar la puerta de una casa (solo por poner el ejemplo), puede darse por estar permitida, ordenada o facultada en tanto se interprete como acto jurídico. En conclusión, el deber ser es el término que encierra estos tres sentidos de la norma jurídica. Aquellos son el contenido de una norma y el sentido de un acto de voluntad que se dirige intencionalmente a la conducta de otro, es decir, el acto de creación de una norma jurídica y la regulación que la misma genera. Allí se establece una conexión entre el acto ilícito y la sanción que *debe ser* imputada.

3. Carácter ideológico del derecho:

El positivismo jurídico como una teoría científica del derecho no puede presuponer en su conocimiento y descripción del derecho positivo la existencia de una fuente trascendente del derecho, más allá de toda posible experiencia humana, esto es, la existencia de una voluntad divina cuyo sentido son las normas prescriptivas de conducta humana.

Hans Kelsen (2008).

En los capítulos anteriores he expuesto lo relacionado con la noción de pureza y la distinción entre ser y deber ser. En este capítulo se expondrá la noción de ideología y la crítica al derecho natural, tomando como argumentos principales la imposibilidad de sustentar valores absolutos²⁴ en la construcción de sistemas jurídicos y las contradicciones lógicas en el que incurren tales sistemas al pasar por alto la distinción anteriormente estudiada.

3.1 Derecho natural y derecho positivo

Los valores absolutos pueden ser diversos: las nociones de naturaleza humana, naturaleza en general, Dios o los conceptos de justicia y dignidad humana sustentan el derecho natural. Se asume, entonces, que la naturaleza humana **es** de tal manera o que Dios dotó al hombre de razón para **ser** de tal manera y que, por lo tanto, **debe** comportarse de esa manera. Es decir, se deduce un deber ser de un ser, pasando por alto la distinción lógica. Ahora bien, Kelsen no genera una definición precisa de los que entiende por ideología; sin embargo podemos hacer una definición tentativa de este concepto: *El carácter ideológico se evidencia en que los intereses privados o subjetivos del soberano o de la autoridad religiosa toman la objetividad que les brinda el derecho, haciendo que sus intereses personales tomen fuerza de ley.*

En esa medida, Kelsen expone que muchos sistemas políticos y religiosos se valen de valores absolutos para crear sistemas jurídicos y, así, legitimar sus intereses particulares; es decir, el soberano legitima su mandato a partir del supuesto de ser un representante de Dios en la tierra, creando una

²⁴ “Si la doctrina del derecho natural quiere ser consecuente con ella misma, debe tener un carácter religioso, ya que el derecho natural es necesariamente un derecho divino, si es que ha de ser eterno e inmutable. Contrariamente al derecho positivo, temporal y variable, creado por los hombres” (Kelsen, 1994, p. 103).

serie de normas jurídicas que justifiquen sus intereses o los intereses particulares de alguna organización. En esa misma medida los ciudadanos o miembros de la comunidad deben obedecer y acatar esas normas por ser prescripciones creadas mediante el poder sobrenatural del soberano. Este poder o facultad de crear normas no se da por manifiesto de alguna norma jurídica, sino por supuestos teológicos.

Sin embargo, la teoría pura al rechazar la aceptación de valores absolutos (que por ser absolutos tienen sus fundamentos en autoridades absolutas como Dios, la naturaleza o la voluntad de algún gobernante) abre la posibilidad de que el derecho pueda adoptar valores morales relativos. Lo que es bueno y justo puede variar dependiendo la época, las circunstancias y las diferentes culturas. Por ejemplo, existen varios sistemas morales que son válidos y distintos entre sí que pueden entrar en relación con el derecho; así, cuando una norma jurídica se crea es para proteger algún valor social que es importante salvaguardar. Cuando Kelsen afirma que el derecho es moral es porque sencillamente el derecho constituye un valor moral, vale dentro del dominio de la moral o es parte integrante de algún orden moral que puede tener la característica de justo (esta noción de justicia es también relativa).

Aun así, Kelsen pide que tanto la moral como el derecho sean diferenciados para no caer en justificaciones ideológicas. Tanto el derecho como la moral son parte del ámbito de lo normativo, pero distintos uno del otro. Puede que un orden moral establezca como moralmente bueno obedecer las prescripciones del derecho positivo, en este caso el derecho pasa a ser parte integrante de un ordenamiento moral, pero manteniendo su independencia formal, pues si se delega al derecho positivo la facultad de determinar qué comportamiento es bueno en favor del derecho su función sería más bien ideológica. Para Kelsen, los únicos juicios de valor de la ciencia jurídica son aquellos que comprueban si el hecho es lícito o ilícito, legal o ilegal.

De ese modo, la norma jurídica es el criterio para un juicio de valor, sin embargo, la ciencia jurídica no puede pronunciarse sobre estas cuestiones, dado que solo recae sobre los tribunales la potestad de decidir si un hecho es ilícito. Esta decisión tiene efectos jurídicos y no solo declarativos – como al imputación de una sanción- y equivale a un acto de derecho. Tampoco la ciencia jurídica puede pronunciarse sobre si algún ordenamiento jurídico es justo e injusto, pues este tipo de juicios se sustentan en supuestos individuales de justicia. En otras palabras, el derecho puede relacionarse con valores morales relativos, pero la ciencia jurídica no puede realizar consideraciones morales sobre los ordenamientos jurídicos.

Pues bien, este carácter ideológico no solo se evidencia en los sistemas políticos teológicos, también es un rasgo característico de los actuales sistemas democráticos. Estos se sustentan, por

ejemplo, en supuestos de racionalidad y naturaleza humana –como los mitos que sostienen las teorías contractualistas—²⁵. Los sistemas democráticos solo representan los intereses de una clase social dominante y mantienen la naturalización del sistema económico capitalista y sus prácticas de explotación y dominación.

(...) entre las teorías jurídicas y políticas recientes se verifica un acentuado retorno a la doctrina del derecho natural. Esto es debido, en cierta medida, a la idea de que solo esta doctrina permitiría defender eficazmente el capitalismo en su lucha contra el comunismo (Kelsen, 1994, p. 110).

Por otra parte, lo que genera que los individuos equiparen los campos del deber ser y el ser, se da no por una consideración lógica, sino por una consideración histórico-material. Kelsen lo denomina: *fuerza normativa de lo fáctico*. Con frecuencia el contenido de un deber ser corresponde al contenido de un ser, lo que se presenta como regla general y es observado por la mayoría como algo común, se le presenta a los individuos como un hecho que debe ser. Y se presenta de igual forma cuando un deber deja de ser importante para una sociedad, cuando un comportamiento específico pierde su carácter de lo debido. Así como un hecho calificado (ser) se convierte en contenido de un deber, de igual manera el contenido de un deber ser desaparece cuando el hecho ya no es calificado como valioso. Pero, se debe recordar que este tipo de análisis no toma el deber ser como algo opuesto al ser (en sentido lógico), como un caso especial del ser, sino como algo derivado del ser.

Tal como se trata de derivar histórico-psicológicamente el deber ser de acuerdo a su contenido del ser, así se intenta explicar el ser a partir de un deber ser cuando se hace basar el mundo sobre el mandamiento de constitución de un creador supra-natural (Kelsen, 1989, p. 288).

Posteriormente, Kelsen establece la distinción entre derecho natural y positivismo jurídico. El positivismo jurídico solo se interesa y admite que su objeto de estudio sea un derecho creado mediante actos de la voluntad del hombre o mediante legislación. En sentido estricto, para la teoría pura los actos

²⁵ “De aquí se sigue que no hay una doctrina de derecho natural, sino un gran número de doctrinas que sostienen tesis contradictorias. Para una, la democracia es la forma natural del gobierno. Para otra, dicha forma es contraria a la naturaleza, y solo la autocracia, y más particularmente la monarquía absoluta, es conforme a sus leyes. Locke ha deducido de la naturaleza que el poder del gobierno es esencialmente limitado; Hobbes ha extraído el principio contrario” (Kelsen, 1994, p. 109).

creadores de derecho deben estar autorizados por alguna norma jurídica superior. En cambio, la doctrina del derecho natural es una metafísica del derecho, cuyo propósito es legitimar y fundamentar el derecho positivo a partir de instancias supra-humanas. El propio Kelsen afirma que el derecho natural hace parte de una doctrina jurídica idealista y que el positivismo jurídico corresponde a una doctrina realista, que limita el conocimiento a los hechos dados a la experiencia.

El derecho real (positivo) al ser un derecho creado por la voluntad de los hombres es un derecho cambiante y de moral relativa. Por su parte, el derecho natural utiliza valores morales absolutos,

(...) considera a la naturaleza como fuente de las normas del derecho ideal y justo. Esta naturaleza es la naturaleza en general, la totalidad de la realidad, o la naturaleza del hombre en especial. Ella funciona como la autoridad normativa, es decir, autoridad creadora de normas (Kelsen, 2008, p. 184).

Estas normas del derecho natural tienen la particularidad de ser inmanentes a la naturaleza²⁶, pero trascendentes al derecho positivo, quien los obedece actúa correctamente o justamente. Aquellas normas son deducidas de algún tipo de realidad empírica o de alguna condición natural humana, en otras palabras, pretenden inferir un deber ser de un ser, deducen de un hecho una norma.

Cuando un hecho se da en la realidad natural, de ello no resulta que deba existir o no. Del hecho de que los peces grandes se coman a los pequeños no es posible deducir que su conducta es buena o mal. Ningún razonamiento lógico permite pasar de lo que es a lo que debe ser, de la realidad natural al valor moral o jurídico (Kelsen, 1994, p. 105).

Hugo Grocio emprendió la tarea de crear un derecho natural que fuera válido sin recurrir al argumento de Dios, aunque para Grocio esto fuera un pecado grave. Así, el derecho natural recurriría a considerar la naturaleza humana y sus “instintos” como sus fundamentos. Para este teórico los instintos humanos están dirigidos a salvaguardar valores importantes para la sociedad: conservación de la vida (propia como ajena); sin embargo, se olvida por completo que también existen instintos destructivos y de auto-conservación, que pueden llevar a actos de agresividad y violencia. Esto significa

²⁶ “Bastaría examinar los hechos de la naturaleza para encontrar la solución absolutamente justa de los problemas sociales. La naturaleza reemplazaría las funciones legislativas y sería así el legislador supremo” (Kelsen, 1994, p. 102).

que este tipo de derecho no se encuentra sustentado en la “naturaleza humana”, sino en una naturaleza idealizada y supuesta como buena.

De esta manera no son las normas de un derecho ideal, del llamado derecho natural, las que la doctrina jusnaturalista deduce de la naturaleza, sino que es la naturaleza ideal la que se deduce del derecho presupuesto como ideal, del llamado derecho natural, que esa doctrina tiene que presuponer para llegar a su concepto de naturaleza (Kelsen, 2008, p. 190).

Para Kelsen, aquel ideal del derecho natural de sostener valores absolutos es irracional y explicarlos escapa de los dominios del conocimiento científico. El derecho natural en la historia de la de teoría jurídica desempeña un papel oscuro, dado que pone en duda la validez de la norma jurídica, porque lo ve como contradictorio a un orden absoluto. Así, la teoría pura desea combatir estas tendencias ideológicas del derecho, cuyas repercusiones políticas son evidentes e imperan todavía en las doctrinas jurídicas y políticas. La ciencia del derecho, entonces, se limita a exponer el derecho tal cual es, sin ningún tipo de justificación o crítica. Se abstiene de enunciar juicios de valor, pues si su pretensión es ser una ciencia debe limitarse solo a comprender la naturaleza de la norma jurídica y a analizar su estructura.

La ciencia del derecho adopta una posición neutral, rehusándose a legitimar o justificar cualquier ideología política, dedicando sus análisis solo a saber lo que es el derecho. Para Kelsen, la teoría pura debe ser indiferente a todos aquellos conflictos políticos que puedan surgir en la sociedad. Es precisamente esta tendencia anti-ideológica lo que permite que la teoría pura sea una verdadera ciencia, su finalidad es conocer exclusivamente su objeto, esto es, la norma jurídica; en cambio, la ideología transfigura la realidad para justificar y asegurar su conservación. Al final termina siendo extraño cómo una ciencia que se dedica solamente al estudio de la norma pueda, a su vez, combatir el carácter ideológico del derecho, pues tendría que hacer uso de conceptos sociales, políticos y económicos. Pareciera que la única respuesta a esta interrogante sería que la ciencia jurídica no debe interesarse por el contenido ideológico que está detrás de la norma y solo limitarse a la interpretación de la misma.

3.2 La negación de la fuerza normativa del derecho

Por otra parte, la noción de ideología no solo se relaciona con el problema de los valores absolutos sostenidos por el derecho natural, sino que, además, Kelsen caracteriza como ideología la interferencia metodológica de otras ciencias en el estudio del derecho; es decir, la ruptura con la pureza metódica. Ideología también es todo estudio científico-jurídico que tenga elementos extraños (contenido político, social o económico) al derecho o que adopte un método diferente al de la teoría pura²⁷. Así lo hace ver Kelsen cuando afirma que algunos autores niegan el carácter normativo del derecho, al ver en los sistemas jurídicos un medio para que los hombres se conduzcan de una manera determinada. En esa medida, el derecho solo sería el resultado de algunos efectos y no propiamente de su sentido normativo. En palabras de Kelsen:

Se tratarían simplemente de un medio de hacer nacer en el espíritu de los hombres ciertas representaciones suficientemente fuertes para provocar la conducta deseada. (...) se limitan a comprobar que unos tratan de inducir a otros a no robar o a que castiguen a los ladrones y que la generalidad se abstiene de robar y que se castiga a los ladrones (1994, p. 95).

Lo que en realidad trata de sugerir Kelsen con esta afirmación es que si los individuos acatan las normas no por su sentido normativo, sino por sometimiento psicológico de otros individuos, la norma jurídica no sería más que una ilusión, una simple ideología. Pues la idea de norma y su carácter normativo no correspondería a una realidad diferente de los fenómenos naturales sometidos al principio de causalidad. La norma jurídica sería como aquel cazador que pone cebos para atraer la presa a la trampa²⁸. Pero, ¿qué relación tiene esto con la pureza metódica? Cabe recordar que bajo la distinción entre ser y deber ser, Kelsen distingue entre ciencias normativas y ciencias fácticas; la primera estudia actos jurídicos bajo el principio de imputación, la segunda analiza hechos sometidos al principio de causalidad.

Así pues, si la norma jurídica es entendida como una simple ilusión, pues su acatamiento corresponde a otros móviles psicológicos y no a su carácter normativo, la ciencia jurídica sería parte

²⁷ “La teoría pura del derecho, como ciencia jurídica, dirige, como se mostró su visual a las normas jurídicas; no a los hechos reales, es decir, no al querer, o a la representación de normas jurídicas, sino a las normas jurídicas como contenidos significativos queridos o representados” (Kelsen, 1982, p. 118).

²⁸ “La única realidad, el único objeto posible de conocimiento científico sería la naturaleza, o sea, en este campo, los fenómenos psicofisiológicos, sometidos a la causalidad, que intervienen en los actos jurídicos” (Kelsen, 1994, p. 96).

de las ciencias naturales. Pero como los ámbitos del ser y el deber ser son situaciones diferentes, la norma jurídica no puede ser estudiada bajo los métodos de las ciencias naturales. Como resultado de esto, si se rompe el imperativo de pureza metódica, la norma jurídica como ámbito del deber ser sería confundida y analizada bajo presupuestos de las ciencias fácticas, sometidas al principio de causalidad. Por tal motivo, la norma jurídica deber ser estudiada solo a partir del principio de imputación, lo demás será ideología del derecho.

En este sentido, es una teoría jurídica realmente realista, es decir, una teoría propia del positivismo jurídico. Rehúsa juzgar axiológicamente el derecho positivo. Como ciencia no se considera obligada sino a pensar conceptualmente al derecho según su propia esencia y a comprenderlo mediante un análisis de su estructura. Sobre todo rehúsa a ponerse al servicio de cualquier interés político, proveyéndola de la ideología mediante la cual se legitime, o se descalifique, el orden social existente (Kelsen, 1982, p. 121).

Aquí es preciso de nuevo traer a colación el debate con la sociología jurídica, porque esta concepción del derecho no estudia el sentido específico de las normas jurídicas, sino ciertos fenómenos naturales que son considerados arbitrariamente como jurídicos. Trata de conocer las razones de por qué el legislador dictó tal norma jurídica y los efectos sociales que esta puede tener. Se pregunta, además, en qué medida los factores económicos, sociales y morales condicionan la actividad judicial o por qué los hombres ajustan su comportamiento a lo designado por la norma. El objeto de esta ciencia no es, por tanto, la norma jurídica, sino los fenómenos naturales que se derivan de algún modo del ámbito jurídico. Por el contrario, si la teoría pura pretende ser ciencia no debe interesarse por estos temas que se relacionan con la norma jurídica. Debe únicamente estudiar la norma en sí mismas, en su sentido específico y normativo. Es por esto que la práctica judicial a partir de la teoría pura será un tema tan problemático en el siguiente capítulo. Si la actividad del juez quiere alcanzar el estatuto de ciencia debe restringirse a la simple operación deductiva de la imputación; así las cosas, la teoría pura se muestra como insuficiente para la comprensión de los fenómenos jurídico, pues es en la práctica jurídica que mejor se representa la dinámica del derecho.

En resumen, el carácter ideológico del derecho se evidencia en dos aspectos: el primero relacionado con el derecho natural y con la imposibilidad de sostener valores absolutos en la creación de sistemas jurídicos; además, porque los supuestos naturalistas o teológicos del derecho natural sirven para legitimar y legalizar los intereses particulares del soberano o de una clase social. Para Kelsen, los

diferentes sistemas jurídicos que emergen por derivación directa de supuestos teológicos o naturalistas infringen la distinción que sostiene tal pureza metódica y conceptual. Y así tales sistemas incurren en contradicciones lógicas, pues derivan un ser de un deber ser; además, que su contenido teórico sirve como argumento para que ciertos sistemas políticos legitimen sus intereses particulares a partir del derecho. Así, el carácter ideológico del derecho se evidencia cuando los intereses particulares del soberano toman fuerza de ley.

El segundo aspecto concierne a aquella exigencia de pureza metodológica de analizar los fenómenos jurídicos a partir del principio de imputación, todo estudio jurídico que se haga siguiendo la modalidad conceptual del principio de causalidad será, según Kelsen, ideología. Pues se niega la fuerza normativa del derecho y se asume que la validez y la efectividad de la norma jurídica responden a otro tipo de factores (políticos, económicos, morales o sociales) diferentes del ámbito propiamente jurídico. La pureza consiste en eliminar de los análisis estructurales de los ordenamientos jurídicos positivos problemas que requieren un método diferente al requerido por la teoría pura.

4. Los límites de la interpretación y la práctica judicial

Pienso que es difícil estar de acuerdo con Kelsen en la totalidad de sus concepciones científicas. Él quiere darnos una teoría anti-ideológica, pero esta enraíza en una filosofía, con la cual no estamos obligados a hallarnos de acuerdo.

Luis Legaz Lacambra.

El derecho es un ejemplo de razonamiento práctico del mismo modo que toda deliberación en una asamblea, todo discurso político o religioso así como la mayoría de las exposiciones filosóficas lo son.

Roberto Marafioti (2010, p. 151).

En este apartado se harán algunas consideraciones críticas, tal como lo había prometido, a los conceptos y criterios ya mencionados. El imperativo de pureza metodológica, sustentado en la distinción lógica entre ser y deber ser, tiene como consecuencia dos aspectos que resultan problemáticos en el modo de explicar y comprender la práctica judicial. Tanto la neutralidad en las decisiones judiciales como la operación deductiva de la imputación son en última instancia resultados de la TPD. Aquí se discutirá que, por el contrario, la práctica judicial corresponde a la argumentación jurídica y que tal neutralidad en las decisiones judiciales es imposible.

4.1 La práctica judicial como operación deductiva y la ciencia del derecho

La distinción entre enunciados jurídicos y norma jurídica lleva consigo una diferenciación entre ciencia jurídica y derecho; a saber, entre una teoría científica que tiene por objetivo el estudio de la norma jurídica y un ordenamiento jurídico que tiene como finalidad regular el comportamiento de los individuos. De todas formas, el imperativo de pureza metodológica aplica tanto para la ciencia jurídica como para el derecho y las decisiones judiciales. Según Kelsen, la ciencia jurídica solo debe limitarse a la interpretación de la norma jurídica, sin la posibilidad de analizar otros factores que se relacionen con ella, salvo aquellas que correspondan o sean contenido de una norma.

Así, el ejercicio interpretativo se reduce a la simple enunciación de la norma jurídica, es decir, a repetir que a partir de un hecho condicionado se genera una consecuencia jurídica. En palabras de Kelsen: “[l]os enunciados jurídicos son proposiciones condicionales que expresan que conforme a un orden jurídico (...) deben producirse ciertas consecuencias determinadas por ese orden, bajo determinadas condiciones que el orden jurídico determina” (1982, p. 84). Lo anterior sugiere que los enunciados de la ciencia del derecho exponen lo mismo que el significado de una norma jurídica, la única diferencia entre ellos es que los enunciados jurídicos no son coactivos. Pero, ¿este imperativo no hace que los enunciados o las interpretaciones de la ciencia jurídica sean superfluos y repetitivos? ¿No bastaría con la simple explicitación que nos provee la norma jurídica? Además, ¿qué limitaciones impone este imperativo a las interpretaciones del juez? ¿Son en realidad útiles estas interpretaciones para comprender el fenómeno jurídico?

Perelman (1979) afirma que el positivismo jurídico niega cualquier filosofía de los valores (siendo la *ideología* dominante en el estudio de los textos legales) y que la teoría pura es un sistema jerarquizado de normas en el que se determinan las condiciones para que un órgano de derecho sea autorizado para crear normas jurídicas inferiores. Perelman no ve este aspecto como algo formal en el que se deduce una norma inferior de otra superior. En esto estamos completamente de acuerdo con Perelman, pues Kelsen es enfático al afirmar que una norma superior solo determina parcialmente el contenido de una norma jurídica inferior. “La constitución que regula la producción de normas generales puede determinar también el contenido de futuras leyes, y las constituciones positivas lo hacen no poco frecuentemente, al prescribir, o excluir ciertos contenidos” (Kelsen, 1982, p. 234). Perelman afirma que tal determinación es parcial, porque la teoría pura da la libertad al juez de escoger entre las diferentes interpretaciones de la norma:

En efecto, Kelsen reconoce que la indeterminación del cuadro legal dentro del cual el juez ejerce su actividad, le da ocasión no sólo para deducir la solución concreta a partir de una regla general, sino también para proceder libremente a una interpretación de la ley, que resulta de una opción ejercida por su voluntad (Perelman, 1979, p. 95).

Así lo hace notar Kelsen cuando afirma que el juez puede actuar como legislador en la figura jurídica del *precedente judicial*. Esto es, cuando una sentencia judicial que no tiene predeterminado su contenido en una norma jurídica superior o general, se convierte en obligatoria y en criterio de aplicación para resolver casos similares; es decir, el juez puede actuar en completa discrecionalidad y

emitir un fallo judicial ante un hecho que no se encuentra reglamentado por el sistema jurídico. En realidad esta figura jurídica es algo bastante significativo por parte de la teoría pura, pues sería un tanto ilusorio suponer que todos los posibles hechos se encuentran regulados por alguna norma. La sentencia del juez funciona ahora como precedente judicial y toma la categoría de norma jurídica general, lo que genera una descentralización de la función legislativa.

Ante esta situación de libre creación de derecho el juez no excluye completamente las normas generales que reglamentan la producción de normas:

(...) si el órgano al que se presenta el caso concreto para resolver, debe dictar una sentencia justa, solo puede hacerlo en tanto aplica una norma general que él mismo considera justa; como semejante norma general no ha sido producida previamente por vía legislativa o de la costumbre, el órgano llamado a crear derecho debe proceder de la misma manera que un legislador que, al formular las normas generales, se orienta por un determinado ideal de justicia (...) (Kelsen, 1982, p. 261).

Sin embargo, para Kelsen este ideal de justicia es relativo por la sencilla razón de que cada juez se orienta por un valor diferente de justicia, logrando realizar sólo un valor relativo como norma general. Más aún, Kelsen expone esta figura jurídica solo en relación con el derecho consuetudinario, a saber, la determinación de la costumbre en la creación de normas jurídicas. Según lo anterior, la costumbre es también aquella norma general no proferida por el legislativo en el que se apoyan las decisiones judiciales.

Los tribunales producen derecho y, por cierto, como regla, derecho individual; pero al hacerlo dentro de un orden jurídico que ha establecido un órgano legislativo, o que reconoce en la costumbre un hecho productor de derecho, aplican un derecho general creado previamente por vía legislativa o consuetudinaria. La sentencia judicial es la continuación, no el comienzo del proceso de producción de derecho (Kelsen, 1982, p. 263).

La figura del precedente judicial tiene, entonces, como fuente de derecho la costumbre y como criterio de decisión el ideal de justicia que persigue el juez; así tanto la costumbre como el ideal de justicia terminan por remplazar la norma general positiva que debería determinar la decisión judicial. Estas afirmaciones suscitan varias interrogantes: ¿no son muy arbitrarios este tipo de decisiones judiciales?, ¿qué sucede cuando la costumbre se sustenta en valores absolutos?, ¿qué pasa, además, con

la pretensión de pureza, con excluir todo tipo de consideración extraña a derecho?, ¿puede considerarse esto como un volver al derecho natural, en la medida en que se admite, por parte de Kelsen, una fuerza normativa no positiva? Este aspecto motiva un problema aún más importante, cuando Kelsen hace la distinción entre hecho y norma, entre *lo que acontece* y su *significado jurídico*, afirma que la teoría pura solo puede interesarse por hechos que son contenidos de alguna norma jurídica, pues solo se podría imputar una sanción a un hecho que es contenido de una norma jurídica; además, porque la ciencia jurídica solo se interesa por hechos que tienen relación con el ámbito de lo jurídico.

Ante esto, la sentencia judicial que funciona como precedente contradice completamente lo sostenido por Kelsen, porque precisamente el hecho que se quiere judicializar no se encuentra determinada por alguna norma jurídica superior y, por ende, ese hecho no tiene ningún tipo de relación con el ámbito de lo jurídico, lo que impediría además ser tratada por la ciencia jurídica. Claramente pasa a ser contenido jurídico cuando se profiere la sentencia judicial por parte del juez, sin embargo, esta sentencia no se encuentra validada por una norma jurídica superior, sino por un ideal de justicia, que en última instancia no es una norma positiva. Pareciera entonces que Kelsen en esta figura jurídica rompe con su imperativo de pureza y sus criterios de validez del derecho.

Ahora bien, este aspecto del precedente judicial se da en casos muy específicos. ¿Qué sucede entonces con las decisiones judiciales cuyos casos sí se encuentran determinados por una norma jurídica superior y con aquel ideal de justicia que persigue el juez? Mejor aún, ¿qué sucede cuando este ideal de justicia entra en tensión con la norma jurídica que determina la decisión jurídica? Porque la discrecionalidad del juez no solo se presenta en la figura del precedente jurídico, sino en todo tipo de decisión judicial. Si es al juez a quien se le delega la función de aplicar derecho es porque no se trata ni de ciencia ni de verdad, sino de tomar la decisión más justa posible. Además, porque en este ideal de justicia confluyen todo tipo de consideraciones sociales, políticas y morales; algo que en un principio la teoría pura quería excluir, pero que ahora parece destacar en la figura del precedente judicial.

Esto tiene una consecuencia significativa para nuestro propósito: ¿cuáles son, entonces las condiciones de posibilidad para que la actividad del juez pueda ser catalogada como ciencia?, ¿qué requisitos debe cumplir la práctica jurídica para que pueda decirse que es una ciencia? Kelsen solo abre una posibilidad: ciencia jurídica es toda actividad teórica de interpretación de las normas jurídicas. Es posible estudiar los fallos judiciales e interpretar sus sentencias a la luz de la teoría pura, si el fallo judicial mantiene los criterios de la teoría pura, entonces la actividad del jurista será ciencia. Si esto no se logra es posible recalcar lo que se debe hacer para que así lo sea.

Así pues, y teniendo en cuenta toda la problemática del precedente judicial y la práctica jurídica, la actividad del juez no es ciencia. Porque lo que hace el juez en sus decisiones no es una interpretación impersonal de la norma jurídica, en la que se excluye todo tipo de consideración diferente al ámbito jurídico, sino que, por el contrario, el juez opina y establece juicios de valor. La aplicación de la ley es ante todo una decisión, una solución que no solo debe ser conforme a la ley, sino que también debe ser justa, equitativa, viable, aceptable y razonable. La decisión no solo busca ser instaurada en un sistema jurídico, también es necesario que sea social y moralmente aceptable para las partes en conflicto como para el público en general. Así, la decisión de un juez no se reduce a saber qué norma aplicar, sino a poner en tela de juicio el contenido de esta norma, incluso si esta norma jurídica es válida – formalmente–.

Así las cosas, ¿qué tipo de concepción jurídica está detrás de la teoría pura?, o en otras palabras, ¿qué tipo de práctica jurídica se deriva de la teoría pura? Para que la actividad del juez sea ciencia es necesario que el juez tome sus decisiones judiciales solo con base en las normas dadas y deduzca la norma jurídica que se aplica al hecho condicionado, omitiendo cualquier juicio de valor. “Esta visión del derecho conduce a una aproximación entre el derecho y las ciencias. Lo mismo si se le considera como un sistema deductivo²⁹ (...) el juez parece participar en una operación de naturaleza impersonal (...)” (Perelman, 1979, p. 38). El análisis del juez se limita a determinar los diferentes elementos que se presentan en un hecho y verificar si estos corresponden o son contenidos de normas jurídicas para generar así la imputación de una sanción o una consecuencia jurídica. El juez entonces solo puede optar por la discrecionalidad de la figura del precedente judicial cuando el hecho que pretende sancionar no se encuentra regulado por alguna norma jurídica general. De cualquier modo, el juez no puede, en la pretensión de que su actividad sea ciencia, violar la ley y la seguridad jurídica aplicando sus propios criterios de justicia. Tanto su voluntad como su sentido de equidad y justicia deben omitirse ante la manifestación de la norma general.

La teoría pura considera que el razonamiento jurídico correspondiente a la aplicación del derecho concierne únicamente a la operación deductiva de imputar una sanción a un hecho condicionado, en el cual solo se aprecia el criterio de legalidad, sin ocuparse del carácter justo o aceptable de la imputación. La consecuencia inevitable de esta concepción positivista del derecho era

²⁹ “Después de la Revolución francesa, y durante más de un siglo, al colocarse en primer plano la legalidad y la seguridad jurídica, se acentuó el aspecto sistemático del derecho y el aspecto deductivo del razonamiento judicial. Gano extensión además la idea de que este último no se diferencia del razonamiento puramente formal. La aproximación entre el derecho y las matemáticas debía garantizar el funcionamiento previsible e imparcial de los tribunales” (Perelman, 1979, p. 179).

limitar el método científico y la lógica a problemas puramente teóricos, como el estudio de la norma jurídica, negando toda posibilidad al uso práctico de la razón.

La teoría pura del derecho, tal como Kelsen la elaboró, para seguir siendo científica debe eliminar de su campo de investigación toda referencia a juicios de valor, a la idea de justicia, al derecho natural y a todo lo que concierne a la moral, a la política o a la ideología. La ciencia del derecho se preocupa de las condiciones de legalidad y de validez de los actos jurídicos y de la conformidad de los mismos con las normas que los autorizan (Perelman, 1979, pp. 94,95).

Renunciar al uso práctico de la razón, campo al que pertenece el derecho, más que al ámbito teórico y científico, implica abandonar las emociones, los intereses, los problemas y, con ello, las resoluciones y los arreglos a las contrariedades de la acción humana. Sin olvidar, especialmente, las acciones colectivas que se derivan de la moral, el derecho y la política. “En efecto, si uno se atiene al método positivista, hay que excluir la idea de una elección, de una decisión o de una solución razonable, que implica la posibilidad de un uso práctico de la razón” (Perelman, 1979, p. 135). Esto evidencia, además, que la ciencia jurídica y el derecho se circunscriben a lo que hay en el ordenamiento jurídico. La teoría pura consagra en sus criterios limitar el papel del juez en el conocimiento de los hechos y en la subsunción de los mismos a partir del marco legal.

Para constituir este instrumento perfecto, el sistema de derecho debería tener todas las propiedades exigidas a un sistema formal, a la vez completo y coherente: es necesario que, para cada situación, que dependa de la competencia del juez, haya una regla de derecho aplicable, que no haya más que una sola regla de derecho aplicable, que no haya más que una sola regla y que esta regla esté totalmente desprovista de ambigüedad (Perelman, 1974, p. 39).

Por otra parte, no hay que olvidar que el imperativo de pureza también aplica para los análisis de la ciencia jurídica. Estas limitaciones en la interpretación apartan al científico del derecho y al juez en la búsqueda de justicia y equidad. Los textos legales constituyen un elemento primordial en la interpretación, pero no deben ser el único punto de partida para la ciencia jurídica. Lo que debería realizar una ciencia jurídica es extender el alcance de la norma en vez de limitarlo, denunciando que muchas de las leyes del legislador no son más que ficciones cómodas. “Una de las principales tareas de

la interpretación jurídica es encontrar soluciones a los conflictos entre las reglas, jerarquizando los valores que estas deben proteger” (Perelman, 1974, p. 21).

La ciencia jurídica tendría como tarea la interpretación “objetiva” y “pura” de las normas jurídicas, la descripción solo debe decir lo que está en la norma y nada más. De todas maneras, estas normas pertenecen a un sistema jurídico mucho más amplio y permite que dentro de la actividad científico-jurídica se amplíe la interpretación a otras normas jurídicas que tengan algún tipo conexión. Aquí Kelsen sigue manteniendo la pureza de su teoría, porque en el análisis solo se consideran aspectos normativos. La ciencia jurídica al analizar la correlación de diferentes normas puede referir sus observaciones al problema de la validez de la norma, es decir, a verificar si el órgano de derecho que emite una norma jurídica –que puede ser una sentencia judicial– se encuentra validada por una norma jurídica superior –facultad otorgada por el legislativo–, lo que permite exponer las contradicciones que hay entre una norma jurídica superior y una norma jurídica inferior.

Esto responde por ejemplo, a la teoría dinámica de la teoría pura, dado que el centro de indagación deja de ser la norma jurídica para entrar a considerar a su vez las cuestiones estructurales de los sistemas jurídicos. Aun así el límite se mantiene, porque aunque se pueda relacionar la norma jurídica con otros factores, estos deben ser parte del ámbito jurídico. Lo anterior deja por fuera una serie de consideraciones morales y políticas que, aunque tienen relación con la norma jurídica, no son tomados en cuenta por la TPD. Sus análisis solo se limitan a lo prescrito en el marco jurídico, haciendo relaciones que funcionan como tecnicismos y no como consideraciones críticas o deliberativas.

Del derecho se elimina todo recurso a la idea de justicia y de la filosofía todo recurso a los valores, intentando modelar el derecho, como la filosofía, sobre las ciencias consideradas como objetivas e impersonales y de las que hay que eliminar todo lo que sea subjetivo y por ello arbitrario (Perelman, 1979, p. 93).

Ahora bien, puede que esta concepción positivista del derecho exprese de modo suficiente los análisis de la norma jurídica, por más que aseguremos que sus interpretaciones son superficiales. A pesar de todas las limitaciones expuestas puede que la ciencia jurídica realice de manera competente estudios normativos. Al menos demostrando cómo se ha dictado una norma o cómo se compone el sistema jurídico de algún país. Pero mientras la práctica jurídica se encuentre tan cercana a las instituciones sociales y a los hábitos culturales es imposible seguir sosteniendo una pureza o neutralidad en las decisiones judiciales.

Si este es el caso (si el derecho es radicalmente contradictorio), entonces el juez simplemente no tiene forma alguna de ser neutral. El problema no es que los conceptos que se suponen que motivan su decisión –libertad, igualdad, justicia, bienestar- tienen un significado oscuro o no influyen en su conducta. Ellos están fuertemente arraigados en la cultura y para la mayoría de nosotros es imposible entender el mundo sin ellos (Duncan Kennedy citado en Rodríguez, 1999, p. 62).

De igual manera, el juez queda limitado por el imperativo de pureza y por la voluntad del legislador, pues el marco legal de aplicación e interpretación del juez es dado por la legislación. Claramente el legislador no actúa con neutralidad a la hora de establecer proyectos y aprobar leyes, y aunque hay organismos de derecho que velan por la constitucionalidad de las leyes sancionadas estas siguen sosteniendo y legitimando intereses políticos y económicos. Sin olvidar que las constituciones son resultado de confrontaciones sociales, políticas y económicas. ¿Entonces, por qué el juez debe someterse a estas leyes y mantener neutralidad cuando en realidad las leyes que él aplica son ideológicas?

Se puede argumentar a favor de una dialéctica entre el poder legislativo y el poder judicial, que aporte además al cambio de los sistemas jurídicos. El juez es quien debe tomar una decisión, debe elegir en consideración al derecho y la justicia. Debe hacerlo en las dinámicas propias de un litigio jurídico, en el que los abogados buscarán hacer prevalecer el interés de sus clientes o en el que los organismos protegerán el interés general. Es dentro de estas dinámicas que la interpretación tiene sentido, pues ayudaría al juez a justificar y argumentar sus decisiones judiciales, permitiéndole conceptualizar su sentido de equidad, justicia y derecho que sustentan la adjudicación judicial³⁰. Más aún, porque todo lo relacionado con el proceso judicial es un conjunto complejo de actos jurídicos en el que las diferentes partes que integran el litigio argumentan, convencen y demuestran la realidad de la situación que da lugar a la aplicación del derecho. La práctica judicial es algo mucho más complejo que la simple operación deductiva y aplicativa de la norma jurídica.

³⁰ “En la actual concepción del derecho menos formalista y más preocupada por la manera en que lo acepta el medio al que rige y por esto mismo interesada por conocer el modo de funcionar de la legislación dentro de la legislación, es imposible identificar pura y simplemente el derecho positivo con el conjunto de leyes y de los reglamentos votados y promulgados conforme a criterios que garantizan su validez formal, pues puede haber divergencias no desdeñables entre la letra de los textos, sus interpretaciones y su aplicación” (Perelman, 1979, p. 180).

4.2 Neutralidad jurídica y argumentación jurídica.

De las consideraciones hechas sobre los límites de la interpretación se desprende un problema que es importante poner en consideración. Esto es, la creencia por parte de Kelsen de lograr, a partir de la teoría pura, una neutralidad en las decisiones judiciales. Este problema de la neutralidad toma su fundamento precisamente en la noción de pureza metódica. Como el juez pasa a ser un técnico jurídico que aplica una norma jurídica a un hecho condicionado, solo necesita conocer el hecho y encontrar la norma que se acopla a ese delito e imputar alguna responsabilidad jurídica, realizando un papel meramente aplicativo de la norma, porque es el hecho lo que en realidad determina qué norma debe imputarse.

Como es el hecho el único criterio de imputación de la norma, no hay cabida para ningún tipo de prejuicio, consideración o manipulación por parte del juez, pues el hecho es objetivo y neutral, logrando de esta manera una pureza del derecho³¹. Por el contrario, cuando se entiende la norma jurídica como un texto abierto y susceptible de toda interferencia ideológica, pues protege y reconoce simultáneamente intereses de grupos en conflicto; los litigios y la aplicación de derecho son reconocidos como campos complejos de enfrentamientos. El juez lejos de aplicar derecho de forma neutra, pone en consideración un sin número de valores y emociones que intervienen en el carácter de la adjudicación de derechos. Oliver Wendell Holmes, que aparte de ser poeta, fue uno de los más celebres jueces de la Corte Suprema de Estados Unidos ya acusaba al formalismo jurídico de ser una doctrina falaz:

La falacia a la que me refiero es la noción según la cual la lógica es el único factor que opera en el derecho (...) El peligro al que aludo consiste (...) en la afirmación según la cual un sistema jurídico como el nuestro puede ser derivado, como la matemática, de un conjunto general de axiomas de conducta (Wendell Holmes citado en Rodríguez, 1999, p. 25).

Las diferencias en las opiniones e interpretaciones de los jueces eran condenadas y criticadas, como si el juez sencillamente hubiera realizado mal una operación matemática. Kelsen tampoco es ajeno a esta cuestión, no de condenar las opiniones de los jueces, sino de creer que el derecho puede

³¹ “En efecto, cuando se concibe el ordenamiento jurídico como un sistema armónico y completo, la aplicación judicial de las normas que lo integran aparece como una actividad técnica y neutra, entendida como una suerte de apéndice funcional del mismo sistema” (Rodríguez, 1999, p. 20).

ser aplicado o analizado metodológicamente igual que las ciencias naturales. Aunque Kelsen desarrolla una separación entre ciencias naturales y ciencias normativas, diferenciando además los principios de causalidad e imputación, asume que el derecho puede ser estudiado metodológicamente de manera similar a un fenómeno natural, no a partir del principio de causalidad, sino en consideración de la imputación jurídica. Convirtiendo el proceso de imputación en una deducción matemática:

Las decisiones judiciales están escritas generalmente en el lenguaje de la lógica. Y el método y las formas de la lógica satisfacen ese anhelo de certeza y tranquilidad que se encuentra en toda mente humana. Pero la certeza generalmente es una ilusión, y la tranquilidad no es el destino del hombre (Wendell Holmes citado en Rodríguez, 1999, p. 25).

Así, la TPD asume que la práctica jurídica se resume en un sencillo silogismo entre una norma jurídica y un hecho que es contenido de esa norma. Por el contrario, los procesos judiciales no son más que campos de batallas en los que intervienen un sin número de preferencias morales y políticas. En lo que se quiere insistir aquí es en el carácter indeterminado, incompleto e impuro del derecho; y siendo consecuentes con esto, la incidencia de diversos factores en la práctica jurídica, que según la concepción dominante de derecho son factores extrajurídicos (conveniencia, posición política e ideológica del juez, intencionalidad del delincuente, razones por las que se cometió el crimen, grado de sevicia del crimen, presión de la opinión pública). La práctica jurídica “(...) es un escenario al que se extienden los conflictos sociales y políticos entre personas y grupos opuestos, cuya solución es una creación de un juez, antes que el resultado de la aplicación deductiva de normas jurídicas” (Rodríguez, 1999, p. 27).

Es imposible, por lo tanto, afirmar que hay una forma neutral del derecho, porque la propia naturaleza del derecho depende de conceptos y correlaciones contradictorias. Kennedy (1999), por ejemplo, es enfático al afirmar que el derecho o la adjudicación de normas es una suerte de conflicto entre lo objetivo (norma, lo neutral, lo puramente jurídico) y lo subjetivo (valores, emociones, intereses). Pero Kennedy va mucho más allá en su crítica: señala que este tipo de orientación jurídica que sostiene una neutralidad y pureza del derecho permite, aunque esta no haya sido la finalidad de Kelsen, siendo más bien las consecuencias de los límites de su teoría pura, mantener la conservación del *statu quo*, lo que Kennedy llama el “lado oscuro” del discurso jurídico neutral. Los actuales sistemas políticos con ayuda de las autoridades jurídicas legitiman la aplicación del poder estatal a partir de la evasión y la distorsión de dos fenómenos jurídicos: el primero refiere al grado de estructuración que la reglas de derecho imparten en la vida de los individuos, otorgando poder a unos grupos en detrimento

de otros y reproduciendo los sistemas jerárquicos de dicha sociedad; el segundo aspecto, hace alusión a los conflictos y ambigüedades del sistema jurídico que son resueltas por los jueces a partir de la persecución de proyectos ideológicos relativos a las cuestiones de jerarquía social.

Entonces, a medida que se niegue la indeterminación del derecho y el carácter ideológico³² de la decisión judicial, las doctrinas jurídicas funcionan como cortinas de humo a través de un manto de legitimidad y necesidad de las normas y las prácticas judiciales.

En otras palabras, el discurso de la coherencia y la neutralidad hace parecer justo, neutral, el funcionamiento de un sistema jurídico que tiende a favorecer los intereses de los grupos que cuentan con mayor información sobre las normas y con mayor poder económico para defender sus intereses (Rodríguez, 1999, p. 58).

Para ilustrar, los graves sucesos ocurridos en Alemania por el régimen nazi mostraron lo inconveniente que es que el juez o el derecho se encuentren sometido a la voluntad del legislador. Teniendo presente que las órdenes del Führer tenían la condición de ser reglas de derechos y de ley. Todas las prácticas policivas y estatales del régimen se encontraban legalizadas y reglamentadas, todo lo que allí había sucedido era, a los ojos de la teoría pura, legal, por la sencilla razón de haber cumplido las condiciones de validez. “La idea que domino los juicios de Nüremberg fue que los crimines abominables cometidos por los dirigentes de la Alemania hitleriana no podían escapar a la acción de la justicia, aunque faltarán disposiciones legales expresas (...)” (Perelman, 1979, p. 103).

Este proceso puso de manifiesto que tanto el Estado como la legislación pueden ser perjudiciales, nocivos y criminales. Una gran parte de teóricos de orientación anti-positivista empezaron a dar un lugar más amplio a la interpretación y a la aplicación de la ley. Ahora el razonamiento judicial debía poner acento al carácter justo de la adjudicación, esta solución no solo debía ser conforme a la ley, sino también equitativa y razonable³³.

³² Entendiendo por ideológico aquí la injerencia de todo tipo de consideración moral, política o económica en la práctica jurídica.

³³ Duncan Kennedy resume la práctica jurídica en estas palabras: “Trabajar en procura de un resultado, a mi parecer, hace parte esencial de la situación de un juez. No se trata de ser libre ni de estar maniatado. O, quizá mejor, se puede decir que el juez está a la vez en libertad y maniatado: libre, en tanto que puede orientar su trabajo en la dirección que así lo desee pero restringido por la pseudo-objetividad de la ley tal y como suele aplicarse, la cual el juez podrá (o no) superar” (Kennedy, 1999, p. 107)

El derecho no tiene por objeto, como las ciencias positivas dentro de las cuales algunos quieren hoy absorberlo, el conocimiento de una realidad o de una verdad, que no hay más que registrar y analizar, sino la realización en las sociedades humanas de una orden tan equitativo como sea posible mediante la regulación de su organización y de su funcionamiento. (Perelman, 1979, p. 227).

Perelman llegó a la conclusión de que los campos de la ética, la política y el derecho no correspondían propiamente al campo de la lógica formal, sino a las técnicas de la argumentación. ¿Por qué procedimiento intelectual llega el juez a considerar una decisión como equitativa y razonable? Cuando se trata de este tipo de nociones se debe recurrir a la dialéctica, no existe otro tipo de instrumento que nos ayude en los desacuerdos entre lo justo y lo injusto. “La dialéctica, o arte de la discusión, se presenta como el método apropiado para la solución de problemas jurídicos, como son los que conciernen a los fines de la acción, en que están comprendidos unos valores” (Perelman, 1979, p. 137). El recurso a los razonamientos dialécticos permite establecer acuerdos en relación a las normas y su aplicación. Concretamente, la noción de *acuerdo* se transforma en un concepto central de la práctica jurídica, pues cuando no hay certeza de las pruebas ni de los peritos judiciales, el litigio judicial no recae sobre la importancia de la verdad de una proposición, sino sobre el valor de la decisión o de un acto jurídico considerado como justo o equitativo³⁴.

La seguridad jurídica no se restablece en la versión neutral y legalista de la teoría pura, sino en la adjudicación más aceptable socialmente, seguida de una argumentación jurídica sólida. La ciencia jurídica tendría mucho que decir en este nuevo campo de razonamiento jurídico, más que en la simple interpretación de normas a la luz de la teoría pura. El problema del derecho no puede reducirse a algo teórico o formal, el razonamiento jurídico se manifiesta por antonomasia en la práctica jurídica, y como se ha sustentado esta difiere mucho a la simple deducción de normas.

De este diálogo nada queda excluido. Recae a la vez sobre los hechos, sobre los recursos, sobre los argumentos y sobre las consecuencias de las diferentes soluciones posibles, consecuencias para las partes en litigio y consecuencias de carácter social, pues el derecho es un arte social. (Perelman, 1979, p. 206).

³⁴ “En efecto, si el derecho es un instrumento flexible y capaz de adaptarse a valores que el juez considera como prioritarios, no hace falta que el juez decida de acuerdo con directrices procedentes del gobierno, sino en función de los valores que dominan en la sociedad, ya que su papel es conciliar estos valores con las leyes y las instituciones establecidas, de manera tal que con ello se ponga de manifiesto no solo la legalidad, sino también el carácter razonable y aceptable de sus decisiones” (Perelman, 1979, p. 193).

La práctica judicial se presenta, entonces, no como un acto deductivo, neutral, formal y objetivo de las normas, sino como una argumentación jurídica que depende de la manera en que los jueces conciben el derecho y la justicia como elementos importantes de la sociedad. Por ende, el proceso de formación del derecho es una controversia de opiniones que se encuentran reguladas con anterioridad por la ley y que debe conducir a una decisión normativa. Únicamente este tipo de controversias y discusiones argumentativas permiten comprender el proceso dialéctico del razonamiento jurídico. Aquí la misión del juez es la de crear derecho, en lugar de sencillamente interpretar o deducir la imputación; sin embargo, se ve obligado a argumentar sus decisiones con base en su sentido de equidad y conforme a las reglas de derecho.

“(…) [E]l razonamiento judicial, más que cualquier otra argumentación, es lo que es específico de la lógica jurídica” (Perelman, 1979, p. 212), y es mucho más representativo que los debates legislativos, en el que sus argumentos atribuyen a consideraciones morales, sociales y políticas dejando de lado el ámbito de lo jurídico. Son los jueces y no los teóricos o los políticos los encargados de decir el derecho. De igual manera, el papel de los abogados, cuyas pretensiones se contraponen en un litigio, permite presentar algunos rasgos del razonamiento jurídico. Dentro de los límites del juicio los abogados buscarán hacer prevalecer sus argumentos para defender la causa que ellos mismos han decidido proteger. Es más, si tal causa es débil o improbable harán uso de maniobras dilatorias para obtener alguna tipo de beneficio en el juicio.

Por otra parte, si tal causa parece indefendible o va en contravía de sus convicciones morales o sociales, el abogado podrá rechazar el ser parte de la defensa en el litigio. Es muy común por eso que algunos abogados decidan defender a personas que comparten proyectos políticos o ideológicos. Así, en la defensa de alguna causa, el papel del abogado consiste en convencer al tribunal de que admita sus argumentos a favor de la causa que ha decidido defender. Pues, la presentación de los hechos y de las consecuencias jurídicas del abogado defensor va precedida de una presentación completamente contraria de la contraparte en el proceso. La decisión del juez resulta de presenciar la confrontación de los argumentos, en el que los hechos, las circunstancias y las causas serán descritos y valorados de formas diferentes. Hasta introduciendo consideraciones que son esenciales y que la contraparte considera irrelevantes. Cada abogado estará a la espera de algún error, de alguna omisión y de alguna oportunidad para controvertir la argumentación del otro.

Cada una de las partes invoca las reglas y los precedentes que le son favorables y trata de demostrar por qué los que el adversario invoca no son aplicables en el caso concreto que es objeto de litigio (...). Sin embargo, siempre se tratará de demostrar que la solución que se propone es la más justa, la más razonable y la que mejor responde a los intereses de la sociedad (Perelman, 1979, p. 210).

De lo que se trata en última instancia es de convencer al juez de que adoptando la tesis y los argumentos de alguna de las partes en conflicto será protector de una serie de valores sociales y morales que son importantes salvaguardar. Además, de demostrar que los argumentos presentados pueden prosperar y que el fallo puede conservarse ante cualquier apelación. En esta concepción del derecho ya no se cuestionan las consideraciones del juez hacia la norma, pues esta última ya no constituye el único objetivo del derecho. Es solo un instrumento más que guía la solución del juez. Lo anterior no implica que en las decisiones judiciales impere la arbitrariedad, el juez debe argumentar sus decisiones de modo razonable, aceptable y suficiente. La solución no puede ser ilegal ni injusta; por ende, la sentencia proferida por el juez debe brindar una argumentación convincente para que los litigantes y a la sociedad en general comprendan que el fallo no es una toma de posición arbitraria.

En resumen, no basta con que la decisión parezca justa o equitativa, sino que además debe demostrar que los móviles del fallo se relacionan con el ordenamiento jurídico en vigor. Puede que los móviles sean de orden social, moral o político; pero la justificación debe tomar en consideración los argumentos de todos los miembros que hacen parte del litigio jurídico, así, el fallo proferido será menos arbitrario y subjetivo cuanto más argumentos y contraargumentos sean expuestos y apreciados por el juez.

El derecho se desarrolla equilibrando una doble exigencia: una de orden sistemático, que es la elaboración de un orden jurídico coherente, y otra de orden pragmático, que es la búsqueda de soluciones que sean aceptables por el medio, porque son conformes con lo que le parece justo y razonable (Perelman, 1979, p. 228).

Claramente los testimonios, las pruebas y los indicios no conducen a una certeza absoluta, un valor que en realidad no es relevante para el litigio, solo basta con que el juez pueda suprimir la duda razonable y que elección pueda conciliar la norma y la justicia. Para Perelman, la lógica jurídica no es más que la justificación de la aceptabilidad y la legitimidad social de las normas. Tal aceptación resulta de la dinámica misma del juicio, de la confrontación entre las

pruebas, los argumentos, los valores y las causas que se intentan proteger. La dialéctica se muestra de nuevo entre las consideraciones extrajurídicas que condicionan la decisión y la justificación jurídica que se inserta en el sistema de derecho, algunas veces se verán modificadas las reglas de derecho para argumentar la protección de ciertos valores sociales, que si son socialmente aceptados poco importa si corresponde a un cambio jurisprudencial. Esto revela, ya para finalizar, que el ordenamiento jurídico no se adaptará nunca a las exigencias sociales y políticas de la sociedad; por lo tanto, la labor de los jueces en su práctica judicial es precisamente dar cambio y dinamismo a los sistemas jurídicos tanto en la creación de derechos como en la aplicación justa y equitativa de las normas jurídicas.

Conclusiones

A lo largo de esta investigación se ha logrado mostrar que los conceptos fundamentales de la teoría pura establecen serias dificultades y límites al ejercicio del derecho y la ciencia jurídica; específicamente, la noción de pureza y su reclamo radical de excluir todo tipo de interferencia metodológica. Esto significa que los análisis jurídicos se han de formar solo con normas jurídicas. Este imperativo se expresa en un contenido propio: analizar únicamente la norma jurídica y su estructura a partir del principio de imputación. Pero la teoría pura va más allá y establece que la ciencia jurídica debe limitarse únicamente a la interpretación de la norma jurídica; esto es, describir que ante un hecho condicionado se debe imputar una sanción jurídica, excluyendo todo tipo de consideración moral o política sobre la norma.

Kelsen logra a partir de la distinción entre ser y deber ser enfatizar mucho más en su pretensión de pureza metodológica. El desarrollo de esta distinción lo llevó a establecer una separación entre ciencias naturales y ciencias normativas, que le corresponde; además, una división entre el principio de causalidad y el principio de imputación. El derecho pertenece, entonces, al campo de las ciencias normativas, pues su significado es un deber ser y su fuerza normativa consiste en la imputación de una sanción jurídica. En la TPD el deber ser es solo aquella cópula que relaciona un hecho condicionado con una sanción jurídica.

De igual manera, la distinción entre ser y deber ser es el criterio base que utiliza Kelsen para hacer sus críticas al derecho natural, afirma que esta concepción del derecho infringe la distinción lógica mencionada para que a partir de supuestos teológicos y naturalistas se justifiquen legalmente los intereses subjetivos del gobernante. Para Kelsen, estos supuestos son falsos e imposibles de comprender por parte de la ciencia jurídica. En sentido amplio, los tres tópicos estudiados se encuentran relacionados necesariamente. La distinción entre ser y deber ser sustenta la pureza metodológica y permite la crítica al derecho natural; así mismo, tal distinción genera una exclusión entre ciencias naturales y ciencias normativas y todo tipo de análisis jurídico realizado bajo el principio de causalidad será, entonces, una justificación ideológica del derecho.

Así, Kelsen haciendo uso de su propio método crea la TPD: pureza metódica como plano unívoco del principio de imputación; estudio de la norma jurídica, sus interrelaciones, sus elementos; ampliación hacia el ordenamiento jurídico en su totalidad, relación entre diferentes ordenamientos y, finalmente, su teoría del carácter ideológico del derecho. Debe notarse que esta teoría se limita a estudiar únicamente el carácter normativo del derecho. No obstante, y muy consciente de la complejidad de su proyecto, Kelsen parece desistir en algunos momentos de su pureza metodológica.

Al examinar estos conceptos nos vimos en la necesidad de confrontar algunos problemas que se desarrollan en el campo de la práctica judicial, esto es: 1) el problema de la neutralidad en las decisiones judiciales y 2) la operación deductiva de la imputación. Según la teoría pura, para que la actividad del juez alcance el estatuto de ciencia debe limitarse a la interpretación y posterior aplicación de la norma jurídica. Pero se debe recordar que tal interpretación se encuentra limitada por la exigencia de pureza metodológica, es decir, prescindir de todo tipo de consideración moral, social y política. Esto tiene como resultado que la práctica judicial se convierta en una operación deductiva, en el que el juez sencillamente deduce a partir del hecho la norma jurídica que debe aplicar; además, de conservar una neutralidad en la decisión judicial, pues no hay espacio, en la teoría pura, para considerar si la sanción es justa o equitativa.

Así pues, tal neutralidad en las decisiones judiciales es imposible y la práctica judicial más que ser una estricta deducción normativa es, en cambio, un complejo campo de interacciones e interferencias (morales, sociales y políticas), en el que la argumentación toma un papel importante. En la práctica jurídica, el juez al momento de aplicar o adjudicar un derecho toma en consideración los alegatos y las pruebas de los abogados, estos deben convencer al juez de que la causa que ellos protegen o defienden es jurídicamente viable y socialmente aceptable. Así mismo, el juez debe argumentar sus decisiones judiciales, demostrando que tienen sustento jurídico y que son justas y equitativas. Lo anterior permite que los diferentes actores del litigio jurídico y la sociedad en general comprendan las razones de la sanción.

Esto pone en evidencia, al mismo tiempo, que la neutralidad en las decisiones judiciales no es más que algo ilusorio. Cada decisión judicial suscitará conflictos entre las partes, en el que cada abogado hará uso de cualquier medio para hacer prevalecer sus intereses, extendiendo la lucha ideológica al ámbito jurídico. De hecho, los procesos judiciales se encuentran motivados en su gran mayoría por conflictos políticos, en el que el juez y los abogados decidirán proteger la causa que más se acerque a sus preferencias. Los jueces son símbolos de autoridad imparcial, constantemente se produce la creencia de que lo establecido en sus sentencias es lo correcto, presentando sus argumentos bajo la idea de la neutralidad y la aplicación mecánica del derecho, afirman decidir a partir del estricto marco legal.

Sin embargo, los jueces esconden deliberadamente las motivaciones reales de sus fallos, en el que la ideología juega un papel predominante en sus decisiones judiciales; nada se opone en última instancia a que el razonamiento jurídico pueda presentarse como un silogismo, análogo a la operación deductiva de la imputación. Pero esta exposición no garantiza en absoluto que el derecho sea

comprendido y analizado de manera suficiente. El derecho se instaura, entonces, en el campo de la razón práctica y la discusión entre los motivos, las pruebas y los argumentos es lo que en última instancia permite proferir un fallo judicial.

Esta investigación solo dio tratamiento a algunos problemas relacionados con la práctica judicial; sin embargo, hay un problema de otro ámbito que merece ser planteado para futuras investigaciones. La teoría pura ha sido un proyecto verdaderamente influyente, la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos en el mundo se sustentan en sus principios teóricos. Pero tal influencia ha dejado sus rezagos en el ámbito académico, la reproducción continua y hegemónica de ciertas teorías positivistas del derecho, que tiene como su principal exponente a Kelsen, obtuvieron mucha más fuerza por la forma en la que se enseña derecho en las universidades.

Sólo basta con que un respetable profesor muestre cómo funciona el derecho y cómo se gana un caso para que los estudiantes memoricen y reproduzcan estas prácticas. No hay en realidad una preocupación por la justicia ni por la humanización de las leyes. Este tipo de temas son para la mayoría complicados e irrelevantes, desconectadas de las cosas reales que llevan a un abogado a ser exitoso. Esto demuestra, además, que la cultura jurídica de nuestro país y los estudios jurisprudenciales deben reinventarse y actualizarse, es perjudicial y nocivo seguir sosteniendo la simple expulsión que el programa cientificista de la teoría pura quería impartir a las complejas relaciones entre derecho y política o entre derecho y moral. Esto en pocas palabras no es más que una preocupación por las consecuencias sociales y políticas de la teoría pura en nuestro país. Queda abierto, entonces, un gran campo de discusión para la filosofía y la sociología jurídica, que en nuestra concepción del derecho toma un papel importante y decisivo.

Bibliografía

Bobbio, N. (1989). Kelsen y Max Weber. En: *El otro Kelsen*. Comp. Óscar Correas. México. UNAM, p. 57-79.

Bocardo, E. (1993). *Tres ensayos sobre Kelsen*. Salamanca: Universidad de Sevilla.

Carrillo, Rafael. (2010). Ambiente axiológico de la teoría pura del derecho (conclusión). *Revista Trimestral de Cultura Moderna*; núm. 2 (1945). Bogotá. Revista de la Universidad Nacional. (pp. 39-62).

Correas, O. (1989). La sociología del derecho como condición de la jurisprudencia en Kelsen. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Año XXII, núm. 65. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. (pp. 403-415)

Correas, O. (1996). Kelsen o la ciencia imposible. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Año XXIX, núm. 85. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. (pp. 129-143).

Ebenstein, W. (1947). *La Teoría Pura del Derecho*. México: FCE.

Kant, I. (2006). *Crítica de la Razón Pura*. México: Taurus.

Kelsen, H. (1933). *El método y los conceptos fundamentales de la Teoría Pura del Derecho*. Serie A. Vol. XIV. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

_____. (1934). *Teoría general del Estado*. Madrid. Editorial Labor.

_____. (1966) ¿Qué es el positivismo jurídico? *Revista de la Facultad de Derecho de México*. Tomo XVI, núm. 61. México. UNAM. (pp. 131-143).

_____. (1982). *Teoría Pura del Derecho*. México: UNAM.

_____. (1989). Acerca de las fronteras entre el método jurídico y el sociológico. En: *El otro Kelsen*. Comp. Óscar Correas. México. UNAM, (pp. 283-319).

_____. (1991). Causalidad e imputación. En: *¿Qué es la justicia?* Barcelona: Editorial Ariel, pp. 221-234.

_____. (1992). *Compendio de Teoría General del Estado*. México: Colofón.

_____. (1994). *Teoría Pura del Derecho*. 2ª edición, 9ª reimpresión. Buenos Aires. Editorial

Universidad de Buenos Aires (Eudeba).

_____. (2001). *Introducción a la Teoría Pura del Derecho*. Lima. Asociación Peruana de Derecho Constitucional – Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM).

_____. (2008). La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico. *Revista sobre enseñanza del derecho*. Año 6, núm. 12. Buenos Aires. Universidad de Buenos Aires. (pp. 183-198).

Kennedy, D. (1999). *Libertad y restricción en la decisión judicial. El debate con la teoría crítica del derecho*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.

Marafioti, R. (2010). *Chaim Perelman, la argumentación jurídica y la nueva retórica*. En: Teoría de la argumentación: a 50 años de Perelman y Toulmin. Coord. Roberto Marafioti, Cristián Santibáñez Yañez. Buenos Aires. Biblos.

Perelman, Ch. (1974). *La interpretación jurídica*. Trad. H. Petzold-Pernía. Maracaibo: Centro de estudios de filosofía del derecho. Núm. 7.

_____. (1979). *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Trad. Luis Díez-Picazo. Madrid. Editorial Civitas.

Rodríguez, C. (1999). Una crítica contra los dogmas de la coherencia del derecho y la neutralidad de los jueces. En Kennedy, D. *Libertad y restricción en la decisión judicial. El debate con la teoría crítica del derecho*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores. (pp. 17-89).

Schmill, U. Vernengo, R. (1984). *Pureza metódica y racionalidad en la teoría pura del derecho*. México: UNAM.

Sobrevilla, D. (1991). *El derecho, la política y la ética*. Comp. David Sobrevilla. Lima. Siglo XXI Editores.

Treves, R. (1989). Kelsen y la sociología. En: *El otro Kelsen*. Comp. Óscar Correas. México. UNAM, (pp. 195-215).