

LA TEORÍA PURA DEL DERECHO COMO SOCIOLOGÍA INVOLUNTARIA

Martín Díaz y Díaz

SUMARIO: *Introducción. I. Espacio y posibilidad de la Teoría Jurídica. 1. Teoría de la realidad ¿o realidad de la teoría? 2. La Teoría Jurídica como ciencia tímida. 3. La Teoría Pura y el encanto científico. 4. La ciencia de la forma. 5. El lugar común: una ciencia sin valores. 6. Teoría, no: ¿dogmática? 7. El espacio residual de la Teoría. 8. La teoría jurídica: una precaria convención. II. La Teoría Kelseniana en la perspectiva del sociologismo involuntario. 1. ¿Acercamiento fortuito? 2. La "hegemonía" del análisis formal. 3. Una modernidad sediciosa; 3.1. Contra la ingenuidad del contractualismo; 3.2. Contra el "dogma de la voluntad"; 3.3. La libertad como método. 4. ¿Derecho sin sujetos?; 4.1. La noción "técnica" del derecho subjetivo; 4.2. La propiedad: un modelo exportable; 4.3. El sujeto ensombrecido por la norma. 5. La juridización del Estado; 5.1. El fenómeno del orden; 5.2. Sobre la "Razón de Estado"; 5.3. El derecho es orden: ni público ni privado; 5.4. El pragmatismo de la norma básica. Consideración final.*

INTRODUCCIÓN

Son dos las cuestiones básicas que este ensayo pretende entreverar: por una parte, la discusión sobre el lugar y el valor de la teoría jurídica y, por la otra, el perfil involuntariamente sociológico de la teoría kelseniana. La conjugación de estas propuestas ayuda a plantear el problema central del trabajo: ¿Es viable una teoría jurídica construida bajo signo no dogmático? En dado caso, surgen también otras cuestiones complementarias como, por ejemplo, si dicha teoría no dogmática puede crecer a partir de elementos metodológicos gestados en el derecho, o más bien, supone una incorporación de herramientas analíticas pertenecientes a otras disciplinas. Como una de las tesis centrales, en el ensayo se sostiene que la *Teoría Pura* toma empréstitos no reconocidos de la sociología y que son éstos los que la colocan en un plano funcional desde la perspectiva de la teoría social.

Estas reflexiones suponen un camino previamente abierto por tres autores: Renato Treves, Norberto Bobbio y Ulises Schmill.¹ En los tres casos se hacen aportaciones sugerentes de las relaciones de Kelsen con la sociología. A través de una lectura sesgada de la obra kelseniana, este trabajo pretende exacerbar las afinidades con las ideas sociológicas para hacer más notorios los acercamientos.

I. ESPACIO Y POSIBILIDAD DE LA TEORÍA JURÍDICA

1. ¿Teoría de la realidad o realidad de la teoría?

Es frecuente que la discusión de los temas kelsenianos no se agote en sí misma; de hecho, sus tópicos favorecen el tránsito hacia horizontes polémicos más extensos. En este caso, interesa fijar la obra de Kelsen como referencia y de ahí partir al análisis de la función y del valor que se le deben atribuir a la *teoría* dentro del campo disciplinario del derecho. Comparativamente, el asunto del peso específico de las tareas teóricas tiene dimensiones particulares en el ámbito jurídico. Las llamadas ciencias sociales, por ejemplo economía o sociología, acotan sus respectivos campos de estudio sin denotar una tensión grave entre el diseño de los modelos teóricos y sus correspondientes zonas de aplicación. El derecho, en cambio, acusa una articulación complicada entre sus niveles cognoscitivos y los elementos que forman la realidad jurídica de carácter material.

Con objeto de reducir el espacio a cualquier "valor entendido", hay que aclarar que por realidad jurídica material se comprende al compuesto que integran tres niveles fácticos distintos, a saber: las normas jurídicas positivas, los procedimientos técnicos de aplicación de reglas del derecho y las prácticas de los agentes sociales, siempre que el orden normativo surja como el dato determinante de su acción. Por otro lado, lo que se ha denominado el polo cognoscitivo de los fenómenos jurídicos, tiene también una constitución múltiple a la que concurren tres vertientes: el conjunto de conceptos, principios y criterios de clasificación que desarrollan los juristas para concretar el flujo práctico del derecho vigente; la teoría jurídica en sentido propio, es

¹ TREVES, Renato, "Kelsen y la Sociología" (trad. Ó. Correas); BOBBIO, Norberto, "Kelsen y Max Weber" (trad. J. Gutiérrez), y SCHMILL, Ulises, "El concepto del derecho en las teorías de Weber y Kelsen"; los tres trabajos en *El otro Kelsen* (editor y compilador Óscar Correas), México, Ed. UNAM, 1989, p. 374.

decir, el discurso de naturaleza estructural o funcional que se despliega sobre el conjunto de la realidad jurídica con fines explicativos y, finalmente, un cauce de conocimiento *no especializado*, al que corresponde la reflexión de los agentes sociales a partir de sus experiencias cotidianas con los fenómenos jurídicos. La consideración de este último flujo es particularmente importante porque en él se tejen las condiciones de legitimidad del orden jurídico y, por ende, en un buen grado, también las de su eficacia.

La imbricación de la realidad jurídica material con sus niveles cognoscitivos es una tarea ardua de la que surgen diversas cuestiones intermedias a resolver. Al respecto, cabe señalar que el asunto de la relación entre polo cognoscitivo y realidad admite el análisis desde diversas perspectivas. Como muestra, queda esbozado el siguiente dilema: si se opta por considerar al derecho como a un dato más en la dimensión de los hechos sociales, el tono preponderante del enfoque se dirigirá a precisar el tipo de función que desempeñan los hechos jurídicos en el espacio de una totalidad social determinada. El problema básico será entonces, explicar cabalmente las relaciones funcionales que se suscitan entre el derecho y su entorno. Pero si la elección se da por una acción cognoscitiva que suponga a lo jurídico como integrante de un espacio normativo —inclusive semántico— el discurso teórico se orientará de manera principal a los asuntos de la *distinción* y de la autosuficiencia del derecho: especificidad y posibilidades autoconstructivas en la perspectiva del sistema, serán entonces los temas centrales del análisis. Para resumir la disyunción, podemos afirmar: o bien, son los niveles cognoscitivos del derecho los que se subordinan al sentido intrínseco de los hechos, diluyendo así sus especificidades normativas, o son los hechos los que, reelaborados técnicamente a través de la aplicación de un campo doctrinario de conceptos, asumen relevancia jurídica, como parece requerirlo la segunda alternativa. Cualquiera de estos dos extremos representa una decisión descompensada; por ende, ninguno satisface como conocimiento equilibrado e integral de los fenómenos jurídicos. Por ello, actualmente la teoría —marchando incluso contra sí misma— tiene que ofrecerse como un ejercicio crítico de integración y debe agotar, tanto los aspectos estructurales, como los funcionales del derecho; todo dentro de una misma línea teórico-explicativa.

Kelsen, quizás el más convencido de los juristas "puros", hacia el final de su vida activa, flexibilizó relativamente su posición y se mos-

tró tolerante para reconocer que el derecho podía ser enfocado de manera complementaria por una ciencia normativa por otra de signo sociológico.² La *Teoría Pura* nunca abundó en las posibilidades de una síntesis eventual de las dos perspectivas; sin embargo, con sus presagios alumbró un camino que hoy resulta indispensable: el de la visión integral de lo jurídico a partir de un sistema de remisiones mutuas entre orden normativo y realidad social.

Otro asunto que debe apuntarse es el que se refiere al sentido en el que transcurre la relación entre niveles cognoscitivos y realidad jurídico-material. Por lo expuesto hasta aquí, es fácil deducir que las vertientes fácticas del derecho naturalmente se sitúan como objeto de reflexión y actúan como un estímulo permanente al desarrollo de los niveles cognoscitivos. Sin embargo, estos vínculos suelen presentar un carácter dialéctico y, por lo tanto, obligan a contemplar también la relación en sentido inverso; en este caso el planteamiento del asunto deberá responder al cómo "cualquier cuerpo de conocimiento llega a quedar establecido socialmente como realidad".³ En la historia del derecho, en ocasiones, es muy claro que los desarrollos dogmáticos han catalizado los procesos de objetivación de las normas jurídicas. Si vemos el asunto desde la perspectiva de la codificación racionalista, es evidente que, como preludeo al establecimiento material de la ley, se suscitó un trabajo intenso de sistematización de conceptos, sobre el que fue posible construir el andamiaje estructural de los códigos modernos.⁴

Los espacios por excelencia para la materialización del conocimiento son, sin duda, las instituciones. En estos órdenes parciales de la vida social se condensan las ideas y principios con la materialización de ciertos rasgos del comportamiento humano. En buena medida, la institución representa el aparato de una idea o, dicho en otros términos, la determinación estructural de un órgano de la acción social, según los parámetros de un núcleo estabilizado de opiniones.⁵ En el caso del derecho, la sedimentación ocurre en una rica gama de posi-

² KELSEN, Hans, *Teoría general del derecho y del estado* (trad. E. García Máynez, México, Ed. UNAM, 1979, pp. 192-196).

³ BERGER, P. y LUCKMANN, Th., *La construcción social de la realidad* (trad. Silvia Zuleta), Buenos Aires, Ed. Amorrortu, 1978 (4ª reimp.), p. 15.

⁴ Cfr. WIEACKER, Franz, *Historia del derecho privado de la edad moderna* (trad. F. Fernández Jardún), Madrid, Ed. Aguilar, 1957, pp. 292-321.

⁵ Cfr. ROMANO, Santi, *El ordenamiento jurídico* (trad. Sebastián Martín-Retortillo y Lorenzo Martín-Retortillo), Madrid, Ed. Instituto de Estudios Políticos, 1963, pp. 122-138.

bilidades, que se da: de la dogmática a las normas vigentes; de la formulación abstracta de la ley a los procesos aplicativos; de la cultura política a la institución; de la carta constitucional —en cuanto núcleo de principios de organización— a la práctica legislativa. Estos son sólo algunos ejemplos, pero pueden citarse otros igualmente adecuados; paradójicamente, salvo en el caso de los procesos sedimentarios de tipo técnico, no hay una reflexión sistemática en la teoría del derecho de la que pueda obtenerse una explicación consistente del curso de positivización de las ideas jurídicas, y que además dé cuenta, tanto del factor cognoscitivo de la técnica, como de su aspecto constructivo en relación con la realidad social.⁶

2. La teoría jurídica como ciencia tímida

Sin muchos sobresaltos, los juristas vivieron los periodos premodernos anidados en el seno de la filosofía. El conocimiento del derecho dependía de una manera sustancial de los influjos filosóficos. El pensamiento clásico helenístico, la filosofía estoica, la escolástica, el humanismo y, por fin, el racionalismo proveyeron las bases explícitas de articulación para las explicaciones y las construcciones dogmáticas del derecho. Sin embargo, la secularización del pensamiento filosófico y las necesidades de especialización de la vida moderna, colocaron a los juristas ante el tema de su independencia y, aunque la emancipación del derecho de la filosofía nunca llegó a ser total, la ruptura quedó identificada como una experiencia traumática. No es de extrañar entonces que los juristas hayan concebido la necesidad de un reemplazo —inconsciente o intencionado— de sus basamentos reflexivos. Paulatinamente, la teoría jurídica inició el viraje de la filosofía hacia la ciencia. Pero a nadie escapa la dificultad que entraña el trazar una equiparación directa entre la *Teoría del Derecho* y el concepto de ciencia. Bien a bien, la mayoría de los especialistas del derecho no han podido encontrarse a gusto bajo las irradiaciones del calificativo *científico*. Con acierto, Norberto Bobbio ha hecho notar que la incomodidad de los juristas procede de las dificultades que les significa tipificar su trabajo habitual dentro de lo que son las concepciones "oficiales" de

⁶ Cfr. CERRONI, Umberto, "Conocimiento científico y derecho" en *Introducción a la ciencia de la sociedad* (trad. Domenec Bergada), Barcelona, Ed. Grijalbo (Crítica, 26), 1978, p. 130.

la ciencia.⁷ No cabe duda que las diferencias marginan y, por más que se insista en lo contrario, las tareas jurídicas han sido preponderantemente prácticas; sus acciones reflexivas correspondientes han estado, además, sujetas a un determinado estrato normativo que impide una especulación libre sobre el objeto de estudio. Las normas jurídicas no sólo son hechos, se trata de enunciados prescriptivos, cuyo contenido se ofrece al estudioso como algo previamente definido y como un límite concreto para su investigación independiente.

El primer contacto nítido entre teoría jurídica y ciencia se produce con el racionalismo, pero la hipóstasis no madura sino con las concepciones científicas positivistas.⁸ El paradigma cognoscitivo que se extrapoló al ámbito de las ciencias sociales fue el de la física newtoniana. La poca familiaridad de los juristas para manejar las categorías científicas de corte naturalista, produjo uno de sus frutos más burdos en el pensamiento de la sociología jurídica de Ihering. Si bien es cierto que la Jurisprudencia de Intereses aportó un enfoque sugerente al conocimiento del derecho al concretar la función jurídica en la solución de conflictos materiales de los agentes sociales, también hay que consignar que su autor exageró en el uso de las metáforas newtonianas al tratar de representar el derecho a través de una imagen mecánica, que lo redujo a un juego físico de fuerzas y palancas.⁹

De la concepción decimonónica de ciencia, los juristas asumieron para su propio trabajo las pretensiones de objetividad, el rigor metodológico y las intenciones de neutralidad. Con estos elementos, estudiosos como Kelsen, se pertrecharon para emprender la crítica del Derecho Natural. Del Iusnaturalismo repudiaron sus determinaciones metafísicas, su intencionalidad política —de cuño abiertamente burgués— y, también, su falta de objetividad y de pureza para tratar los aspectos normativos del derecho. El Iusnaturalismo prescribió al jurista la necesidad de alejarse del mundo concreto del derecho positivo, para que la distancia le permitiera juzgar desde una perspectiva ética de contenidos *apriorísticos*.¹⁰ Con esto, la tarea de la jurisprudencia

⁷ BOBBIO, Norberto, *Contribución a la teoría del derecho* (trad. y ed. por Alfonso Ruiz Miguel), Madrid, Ed. Debate, 1990, pp. 172 y 173.

⁸ Cfr. CALSAMIGLIA, Albert, *Introducción a la ciencia jurídica*, Barcelona, Ed. Ariel, 1988, pp. 63-68.

⁹ VON IHERING, Rudolf, *El fin del derecho* (trad. Diego Abad de Santillán), Puebla, Ed. Cajica (2 vols.), 1962, tomo II, pp. 87-90.

¹⁰ Cfr. KANT, Immanuel, *La metafísica de las costumbres* (trad. Adela Cortina y Jesús Conell), Madrid, Ed. Tecnos (Clásicos del Pensamiento, 59), 1989, pp. 70-71.

dencia se tornó actividad valorativa, orientada de una manera principal a la apología o la descalificación del derecho vigente. Los ideales burgueses de libertad y justicia fueron asumidos sin ninguna precaución crítica para apalancar los ejercicios axiológicos del Iusnaturalismo.¹¹ Paradójicamente, quizá haya sido esta proximidad con los intereses modernos lo que confirió a la concepción del Derecho Natural una enorme capacidad de resistencia contra sus críticos. De esta forma, el Iusnaturalismo, aunque llegó a ser un modelo dominante, mantuvo siempre una hegemonía discutible; aún así trascendió hasta la época contemporánea y hoy reaparece como núcleo profundo del discurso sobre los *derechos humanos*. Llama la atención que, en la defensa de los atributos de la persona, palidezcan muchas de las diferencias ideológicas de las décadas pasadas. Así los Iusnaturalistas, desde la perspectiva del concepto racional de justicia, y los socialistas, desde la óptica de una ética compuesta de valores materiales, convergen en el repudio a las inmunidades del poder.¹² Las concepciones sobre los derechos fundamentales son hoy estrategias comunes en el ajuste práctico del estado del derecho.

Los hechos anteriores permiten afirmar que, por sus contenidos manifiestamente axiológicos, el Derecho Natural se acomoda mejor al carácter de una concepción política sobre el derecho y el poder, que a un paradigma científico o técnico con posibilidad explicativa sobre el conjunto del derecho.¹³ Por lo tanto, puede concluirse que el Iusnaturalismo no apunta a la identificación de la jurisprudencia con el conocimiento científico. Su rumbo histórico lo han marcado otras funciones: fue primero ideología de ascenso; en otra de sus vertientes ha sido vehículo de justificación y hoy, ya reelaborado, surge como un factor de defensa contra los abusos del poder.

3. La Teoría Pura y el encanto científico

Con Hans Kelsen la teoría del derecho depuso sus pruritos y entró de lleno a reivindicar su condición de ciencia. Kelsen se concibió a sí

¹¹ Cfr. RADBRUCH, Gustavo, "El fin del derecho" en *Los fines del derecho* (trad. y ed. de Daniel Kuri Breña), México, Ed. UNAM, 1975, pp. 57-78.

¹² Cfr. DÍAZ, Elías, *Ética contra política*, México, Ed. Fontamara (Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, 32), 1993, pp. 53-56.

¹³ KELSEN, Hans, "La doctrina del Derecho Natural" en *¿Qué es justicia?* (Ed. y trad. Albert Calsamiglia), Barcelona, Ed. Ariel, 1992, pp. 93 y 112.

mismo como un científico practicante; de hecho sus mayores esfuerzos se encaminaron a definir el *status* científico de la teoría del derecho. La perspectiva gnoseológica kelseniana corresponde, en grandes planos, al pensamiento neokantiano; aunque también hay en su postura una influencia marcada de las ideas metodológicas weberianas. Según Kelsen, la conquista del carácter científico para el pensamiento jurídico debía pasar por un trayecto depurador, en virtud del cual tendrían que eliminarse los elementos ajenos al asunto específicamente normativo del derecho. La lucha contra el *sincretismo metodológico* tuvo dos enemigos bien identificados: el Iusnaturalismo, al que Kelsen atribuyó las contaminaciones metafísicas, sensualistas y valorativas, y el sociologismo, del que según el autor de la *Teoría Pura*, provino la tosquedad empírica y la falta de distinción de las peculiaridades normativas.¹⁴ Entre estas dos corrientes, el dilema metodológico kelseniano quedó planteado así: ¿Cómo podrían asimilarse los extremos cognoscitivos del positivismo —necesarios para impulsar una crítica certera contra las concepciones del Derecho Natural— sin vertir sobre el objeto jurídico los enfoques causalistas —propios del sociologismo— que pervierten y confunden la ciencia del derecho con la ciencia natural? He aquí el auxilio del pensamiento neokantiano por lo menos en dos sentidos: primero, la idea de que un diseño racional de la herramienta metodológica garantiza una correcta construcción del objeto de estudio: no es la peculiaridad de lo enfocado lo que determina la naturaleza del método, sino esta última la que delimita el campo analítico de acción para el científico. En segundo término, del neokantismo procede también el corte cognoscitivo entre *sein* (ser) y *sollen* (deber ser) que impregna de manera definitiva a la *Teoría pura del derecho*.¹⁵

Revisemos atentamente estas dos aportaciones: La idea de que el ejercicio metodológico sea un factor determinante del objeto de estudio puede tener consecuencias de muy diversos grados, según se admitan o no matices para la especie. Si la relación enfoque-objeto se resuelve de una manera total con el predominio del primero, estamos ya pisando los umbrales del *constructivismo*, es decir, de la concepción que cifra la realidad como producto elaborado a través de los procesos cognoscitivos. Al respecto, debemos recordar que en la *Teoría Pura* no son extraños los pasajes en los que el objeto normativo

¹⁴ KELSEN, Hans, *Teoría general del derecho*, op. cit. (2), pp. V-XI.

¹⁵ LOZANO, Mario G., *Teoría pura del derecho. Evolución y puntos cruciales* (trad. Jorge Guerrero), Bogotá, Ed. Temis, 1992, pp. 89-110, y BOBBIO, Norberto, *Contribución...*, op. cit. (7), pp. 197-218.

de la ciencia jurídica se presenta como realidad autónoma y como principio explicativo de ciertas derivaciones que se proyectan hacia la realidad sin considerar el flujo inverso. La inserción del fenómeno de la fuerza como presupuesto del carácter coactivo de la norma puede muy bien probar estos asertos.¹⁶ Asimismo, la identificación de Derecho y Estado acredita cómo, en la *Teoría Pura*, los agentes sociales aparecen realmente disueltos en la norma. Al concebirse al Estado sólo como orden normativo, se extravía cualquier posibilidad de identificar el juego material de fuerzas que se proyecta en la composición política de un régimen determinado; se diluye también el carácter material del órgano o aparato que físicamente realiza la función. Kelsen admite que no es propósito de la *Teoría Pura* desentrañar contenidos; sin embargo, en sus desmentidos de la concepción sociológica del Estado, propone su propia explicación como vía alternativa a la concepción weberiana y, por tanto, también como explicación válida a nivel de la teoría social. Detrás de esta construcción metodológica de la realidad jurídica se encierra un radicalismo formalista que bien pudiera calificarse, parafraseando a Marx, como un fetichismo de las formas normativas. Como quiera que sea, queda claro que el proceso constructivo del objeto a través del método, permaneció como una convicción constante en la obra kelseniana durante todo el desarrollo de la *Teoría Pura*.¹⁷

Todavía de mayor trascendencia para definir la perspectiva analítica de Kelsen fue la recepción de la idea, según la cual, el horizonte cognoscitivo se desdobra en dos dimensiones: la del ser (*sein*) y la del deber ser en sentido deóntico (*sollen*). Esta bipartición surge, con todos los riesgos del caso, de la separación kantiana de la realidad entre naturaleza y sociedad. Según dicha concepción, a los procesos naturales corresponden relaciones de tipo causal; mientras que en la sociedad, sus miembros se interconectan a través de vínculos de *imputación*. Para Kant, este último concepto es "el juicio por medio del cual alguien es considerado como autor de una acción que entonces se llama acto y está sometida a leyes".¹⁸ Kelsen es más explícito: a las relaciones causales opone lo que denomina el principio de *retribución*, concepto que alude a una fórmula cognoscitiva que liga hipoté-

¹⁶ BOBBIO, Norberto, "Kelsen y Max Weber" en op. cit. (1), p. 75.

¹⁷ KELSEN, Hans, *La teoría pura del derecho* (trad. de la 2ª edición en alemán de Roberto Vernengo), México, Ed. UNAM, 1986, p. 85.

¹⁸ KANT, Immanuel, op. cit. (10), pp. 29 y 30.

tivamente una consecuencia a una condición. Así, la imputación en sentido kelseniano quiere decir poder ser obligado por una norma; ser responsable. La imputación se manifiesta como un desarrollo del principio de *retribución*.

Para resumir, se puede expresar que causalidad significa enlace necesario entre causa y efecto; retribución, por su parte, se refiere a la vinculación hipotética de una consecuencia a una determinada condición.¹⁹ Bajo esta perspectiva analítica, las leyes naturales devienen enunciados generales que describen procesos necesarios del orden físico. Los enunciados normativos, por otro lado, son juicios hipotéticos que aluden a la sociedad como orden reglamentado de interacción: describen un deber ser. A partir de esta distinción no habrá confusiones sobre el sentido del término *Ley*. Kelsen se aparta por completo de la tradición que inicia Montesquieu, quien considera indistintamente las leyes como enunciados de la naturaleza de las cosas, trátese del orden físico, o bien de la sociedad.²⁰

Kelsen reconoce que en la historia los enfoques sobre la realidad han cambiado. En las comunidades primitivas, donde las ciencias causales no han tenido todavía desarrollo, la necesidad de explicar la realidad produce sistemas de tipo mágico o animista, desde donde los procesos de la naturaleza son entendidos bajo la perspectiva del principio de *retribución*. Los hechos del medio físico se experimentan como consecuencia de ciertas condiciones referidas al actuar humano dentro del grupo primitivo. Se trata de una proyección de los efectos de la vida social hacia la naturaleza, bajo la que se intentó conferir un sentido simultáneo a la vida comunitaria y a su relación con lo natural.²¹ De forma inversa, la sociedad también ha sido enfocada como fenómeno causal; de hecho, en tanto objeto de conocimiento admite la aproximación desde dos ángulos distintos: si se prioriza su carácter fáctico, la descripción establecerá enunciados de tipo causal; pero si el énfasis se dirige al conocimiento del sentido del orden que liga a los sujetos, entonces la óptica será de índole deóntica. En este último caso, la relevancia cognoscitiva se atribuye al sentido determinado que se confiere a la conducta humana desde

¹⁹ KELSEN, Hans, *La teoría pura...*, op. cit. (17), pp. 90-112.

²⁰ MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes* (Est. D. Moreno), México, Ed. Porrúa (Sepan Cuántos... 191), 1980, p. 3.

²¹ KELSEN, Hans, *Sociedad y naturaleza. Una investigación sociológica* (trad. del original americano de Jaime Perraux), Buenos Aires, Ed. Depalma, 1945, pp. 41-64 y 75-114.

la dimensión de un orden normativo. Ser y Deber Ser quedan así contrapuestos. A la necesidad de los vínculos naturales se opone la imputación: el poder ser obligado, facultado o habilitado por una norma que confiere sentido objetivo a la acción del sujeto. Las perspectivas analíticas quedan bifurcadas: a la psicología, la sociología o la economía tocan las aproximaciones a la sociedad desde un punto de vista causal; la ética, el derecho, la lógica o la gramática son, por su parte, disciplinas que abordan a la sociedad en su carácter de orden.²²

4. *La ciencia de la forma*

Las peculiaridades del enfoque normativo se definen cuando Kelsen afirma que "del hecho que una cosa sea, no se desprende que deba ser".²³ El nivel fáctico de la realidad social está sujeto al carácter necesario de la causalidad. El deber ser, en cambio, tiene una naturaleza hipotética. La condición puede cumplirse o no; la consecuencia puede aplicarse o no; el sentido normativo de la acción no depende de su verificación material, sino de la proyección hacia la validez formal que se confiere a la idea del deber a través del sistema normativo. Conviene al respecto hacer una cita extensa de la *Teoría Pura*:

El acontecimiento externo que, por su significación objetiva constituye un acto conforme a derecho (o contrario a derecho), es pues, en todos los casos, en cuanto suceso que se desarrolla en el tiempo y en el espacio, sensiblemente perceptible, un trozo de naturaleza y, en cuanto tal, determinado por leyes causales. Sólo que ese suceso, en cuanto tal, como elemento del sistema de la naturaleza, no es objeto de un conocimiento específicamente jurídico, y, de esa suerte, no constituye nada que sea derecho [...].

El acontecimiento en cuestión logra su sentido específicamente jurídico, su significación propia en derecho a través de una norma que se refiere a él como su contenido [...].²⁴

La pureza del método se consigue solamente cuando los respectivos vínculos de aproximación se conservan rigurosamente inconfundidos.

²² KELSEN, Hans, *La teoría pura...*, op. cit. (17), pp. 89 y 90, y KELSEN, Hans, *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado* (trad. Ulises Schmill), México, Ed. Porrúa, 1987, pp. 49-90.

²³ KELSEN, Hans, *La teoría pura...*, op. cit. (17), p. 201.

²⁴ *Ibidem*, p. 17.

Tiene que haber una barrera infranqueable que mantenga la división entre las formas normativas y los contenidos fácticos; entre la validez de la norma y su acatamiento efectivo. Esta disyuntiva inflexible alberga, desde luego, riesgos inminentes de infidelidad, puesto que la explicación jurídica difícilmente puede obviar al derecho como fenómeno material.²⁵ Así, si la norma cobra sentido sólo a partir de su ubicación sistemática en un conjunto ordenado; el derecho, como totalidad, es explicable únicamente en la dimensión genérica de los procesos sociales de construcción de orden; es decir, como subsistema en el gran entramado de la sociedad.²⁶

Con la localización del *sollen* o deber ser en términos normativos, Kelsen pergeñó un espacio cognoscitivo que favoreció la asimilación de los atributos del concepto positivista de ciencia —objetividad, rigor metodológico y neutralidad— sin tener que desplazar las determinaciones mecánicas de las leyes causales al conocimiento de los asuntos normativos. El *sollen* sirvió de trinchera estratégica al pensamiento kelseniano para dirigir los embates críticos contra sus enemigos académicos. Positividad del orden normativo fue el argumento antagónico a la metafísica del Iusnaturalismo y el enfoque específico del ámbito normativo, el arma contra el sociologismo. La no confusión de los objetos es el verdadero salvoconducto de Kelsen contra el *sincretismo metodológico*. Quedan, sin embargo, dudas razonables sobre la naturaleza del *sollen*; si las normas no son consideradas como hechos para efectos de su explicación y si los procesos aplicativos resultan sólo cauces de individualización de las normas, es claro que Kelsen quedó expuesto a teorizar sobre un esqueleto estructural sin relevancia práctica. Concebido el *sollen* como ámbito de atenuación entre la metafísica y la realidad material, lo único que podía esperarse es que cualquier cosa incorporada al mundo jurídico por vía de la interpelación normativa se convirtiera, por esa sola causa, en parte de la estructura formal del derecho; dejaría de ser lo que era para convertirse también en norma.²⁷ He aquí uno de los grandes problemas kelsenianos: el

²⁵ Cfr. Ross, Alf, *Hacia una ciencia realista del derecho. Crítica del dualismo en el derecho* (trad. Julio Barboza), Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1961, pp. 88-89.

²⁶ LUHMANN, Niklas, *Sistema jurídico y dogmática jurídica* (trad. Ignacio Otto Prado), Madrid, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1983, pp. 146-147.

²⁷ MARTÍNEZ, J. Ignacio, *La imaginación jurídica*, Madrid, Ed. Debate, 1992, p. 129.

carácter proyectivo que atribuye al *sollen* respecto de la realidad material.²⁸

En la solución de Kelsen hay logros innegables, pero también problemas de inconsistencia cuyos efectos no pueden mantenerse ocultos. Su concepción contiene una artificialidad que compromete a cada paso la coherencia metódica. Para el autor de la *Teoría Pura*, el *sollen* no pretende ser un hecho, sino más bien una cierta forma del deber en el sentido de las relaciones sociales. Su intento se dirige a aislar los flujos prescriptivos que se proyectan sobre las relaciones sociales para destacar su sentido autónomo o, en otros términos, pretende acreditar las capacidades autorreproductivas del derecho como fenómeno normativo. Sin embargo, en cuanto la sociedad se comprenda a sí misma como orden regulado de interacción, será muy difícil conseguir el aislamiento que se pretende, porque el fenómeno del orden no se integra sólo a través de procesos de atribución de sentido; sino que tiene una vertiente fáctica sustancial que obliga siempre a regresar a su carácter histórico.

Los órdenes normativos conjugan criterios y aparatos; normas e instituciones. He aquí el distanciamiento principal de Kelsen con Weber. Para el primero, el Estado es lisa y llanamente un orden normativo. Para Weber, es un orden de normas y, además, un aparato administrativo que garantiza la coacción.²⁹ La *Teoría Pura*, es obvio, no puede mantenerse siempre en el rango descriptivo del *sollen*. Sus críticos han señalado con precisión las recaídas empíricas y las desviaciones de enfoque. La resistencia a flexibilizar de un modo intencional sus premisas metódicas, coloca en entredicho la calidad de los resultados analíticos; hay al respecto una enorme presión de la teoría social que pugna por recuperar los nexos del derecho con su génesis y sus efectos. Así, aunque la *Teoría pura del derecho* ubique con mucha claridad la especificidad de los fenómenos normativos, no resuelve —ni siquiera lo pretende— el problema de la vinculación social del derecho. Las convenciones de su método son poco humildes ante la realidad y, en algunos casos, llegan incluso a sacrificarla en aras de su propia coherencia discursiva.³⁰

²⁸ "En este respecto, el derecho se asemeja al rey Midas. Así como todo lo que aquél tocaba se convertía en oro, todo aquello a que el derecho se refiere, toma carácter jurídico", en KELSEN, Hans, *La teoría pura...*, op. cit. (17), p. 284.

²⁹ KELSEN, Hans, "El concepto de Estado en la sociología comprensiva" (trad. de Iván Witcker) en *El otro Kelsen...*, op. cit. (1), pp. 270 a 281.

³⁰ LOZANO, Mario G., op. cit. (15), pp. 137 y 138.

5. El lugar común: una ciencia sin valores

La neutralidad de la *Teoría Pura*, acreditada por las acusaciones cruzadas que le dirigen sus detractores desde las más diversas posiciones políticas, desmentida a veces en los momentos de sinceridad personal de su autor, quiso ser una cuña contra los enfoques que recogen de una manera acrítica determinados contenidos axiológicos, con el fin de incorporarlos en el análisis del derecho como elementos explicativos. Kelsen admite que en las normas jurídicas se positivizan valores; sin embargo, se opone a concebir las tareas científicas como un ejercicio sentencioso. La función del especialista del derecho no es la de calificar moralmente el orden jurídico; sino la de descubrir de un modo objetivo su estructura y sus formas de producción.³¹

Una perspectiva científica del derecho tiene que mantener la asepsia ideológica y confinar las consideraciones morales. Ello sólo será posible en la medida que se localice un dato que proporcione certeza para la especificación de lo jurídico respecto de los otros sectores normativos, principalmente de la ética. No se requiere mucha perspicacia para anticipar que la *coacción* era el único dato con posibilidad de cubrir esta exigencia. Desde que Kant publicó los *Principios metafísicos del derecho* hubo ya una cuña dirigida a identificar lo jurídico con la posibilidad exterior de coaccionar;³² es decir, de imponer una directriz a la conducta más allá de la voluntad del sujeto obligado y de buscar el móvil de la acción fuera de sus determinaciones internas. En el concepto kelseniano de coacción convergen dos cuestiones: una de índole formal que tiene que ver con la estructura hipotética de la norma; en este caso la coacción deviene sanción y, por tanto, consecuencia de una determinada condición. Por otra parte, hay que considerar el aspecto de la fuerza ya que, a través de la cualidad coactiva, Kelsen recoge el dato material del poder para asentarlos —valga decir: ontológicamente— en la norma jurídica. La coacción se expresa como sanción externa, socialmente organizada; es también, desde este ángulo, un factor de control social³³ subordinado a los fines políticos concretos de un grupo o gobierno; en todo caso, dichos fines quedan fuera de la perspectiva analítica del jurista. Lo mismo sucede con el

³¹ KELSEN, Hans, *La teoría pura...*, op. cit. (17), pp. 121 y 122.

³² KANT, Immanuel, op. cit. (10), pp. 40 y 41.

³³ KELSEN, Hans, "El derecho como técnica social específica" en *¿Qué es justicia?*, op. cit. (13), pp. 158 a 161.

contenido valorativo de la norma, pues hay que entender que la positivización de valores es un proceso de naturaleza moral y política que no corresponde al especialista del derecho.³⁴ La función de la ciencia jurídica debe ser descriptiva. El jurista no puede comprometerse, en tanto practicante científico, a dar respuesta a los temas político-valorativos; mucho menos, asumir como base de su trabajo "la creencia en valores absolutos, cuya priorización sobre el análisis desvirtuaría cualquier intento de objetividad y, por ende, de racionalidad en el conocimiento jurídico."³⁵

Una de las preocupaciones más acentuadas en el pensamiento kelseniano es el deslinde entre derecho y justicia, porque esta última, en cuanto valor, no puede servir de referencia al orden normativo como lo pretenden los Iusnaturalistas; más todavía, no es siquiera susceptible de un enfoque racional. Kelsen tiene una concepción sensualista de la justicia³⁶ a partir de la cual le atribuye todos los inconvenientes que pueden surgir de la arbitrariedad de las emociones. Al respecto, descalifica las posibilidades de cualquier ejercicio científico para dar cuenta del valor de lo justo, lo que resulta obviamente exagerado, porque la sociología, incluso asumiendo el carácter histórico de la justicia, puede muy bien proporcionar referencias racionales, si bien relativas, sobre la vivencia material de lo justo en cada sociedad.

En el pensamiento kelseniano pesa todavía la rigidez de los paradigmas científicos del siglo pasado. La crítica a sus adversarios no suele ser contrapesada con referencias autocríticas. Kelsen cree en el relativismo como en una concepción del mundo totalmente terminada. En la obra kelseniana hay también una prohibición tajante a reconocer la presencia de los hechos a nivel de las explicaciones jurídicas. En este aspecto Kelsen nunca llega a mostrar una verdadera tolerancia; sino que su obra se encuentra cargada con una convicción similar a la de los Iusnaturalistas: cree en la verdad a partir de caminos exclusivos; su posición no transige ni con sus enemigos académicos ni con la realidad. En la *Teoría Pura* hay —valga la expresión— una posición absolutista del relativismo y de los enfoques metodológicos. La disposición de los temas kelsenianos adopta siempre un carácter binario: relativismo moral o universalismo; autocracia o democracia; ciencia o ideología. Se trata en todos los casos de opciones tajantes que cortan la realidad polarizando las explicaciones.

³⁴ KELSEN, Hans, *La teoría pura...*, op. cit. (17), pp. 32 y 33.

³⁵ KELSEN, Hans, *¿Qué es justicia?*, op. cit. (13), pp. 42 y 58 a 62.

³⁶ *Ibidem*, p. 59.

Así, la teoría del derecho queda obligada —aquí sí, prescriptivamente— a ser ciencia y, aún más, a ser un cierto tipo de ciencia. La ideología, en cambio, resulta conjunto de gravámenes al conocimiento, que surgen por la necesidad de justificar el estado de cosas existente a través de una visión interesada en su mantenimiento. Mucho habrá que discutir acerca de si la ciencia jurídica tiene alguna oportunidad de no caer, a la postre, en la apología involuntaria del derecho vigente. Sin prejuicios, sus desplantes pueden ser críticos o conservadores; sin embargo, el jurista rara vez reúne las condiciones de exterioridad que le permitan desarrollarse en la primera opción.

6. Teoría, no: *dogmática*

Más allá de la obra kelseniana, es necesario volver a retomar el asunto de la cientificidad del conocimiento jurídico. No se trata obviamente de un problema de índole normativa; sino de esclarecer si el polo gnoseológico del derecho tiene productos teóricos autónomos que trascienden sus funciones dogmáticas. La discusión no reúne un consenso total puesto que, para algunos analistas, es posible hablar en el mismo sentido de teoría del derecho y de dogmática. Por este motivo debe procederse al análisis con la idea de distinguir los dos conceptos. Según Kraft, "una disciplina [es dogmática] siempre que considere proposiciones, en sí y por sí arbitrarias, como por encima de toda crítica, y de este modo abandone el postulado de la investigación independiente".³⁷ A la tarea cognoscitiva de índole jurídica se le ha atribuido el calificativo de dogmática, porque se trata de un trabajo técnico-operativo en virtud del cual se desarrolla un *corpus* doctrinario con objeto de brindar cauces de contacto entre un orden de normas vigentes y la realidad que éste pretende regular. Es muy afortunada la expresión de Calsamiglia que considera a la dogmática como "una escala intermedia entre la ley y los hechos".³⁸ El enfoque dogmático pretende determinar el sentido de la observación de los hechos que realizan los agentes jurídicos. El conocimiento de los fenómenos sociales a través del núcleo dogmático de conceptos predefinidos "jurídica" la realidad; es decir, la presenta desde el punto de vista de su relevancia normativa y conceptual.

³⁷ Citado por LUHMANN, Niklas, *op. cit.*, (26), p. 27.

³⁸ CALSAMIGLIA, Albert, *op. cit.* (8), p. 79.

La dogmática jurídica incluye, por lo menos: un cuerpo de conceptos que definen términos legales o que resultan complementarios al universo semántico de la ley, un conjunto de principios que sintetizan experiencias jurídicas y que sirven de base al desarrollo axiomático de las normas codificadas y, finalmente, un sistema de clasificaciones que permite armonizar la distribución y el manejo de los contenidos normativos. La dogmática requiere, además, de un núcleo de opiniones o, si se prefiere, de "verdades", sobre las que pueda tejerse el sentido unitario de sus procedimientos. El punto de congruencia más general suele situarse en la noción de justicia —o, en el mejor de los casos, en el concepto material que una sociedad determinada mantiene de lo justo—. ³⁹ Lo característico del pensamiento dogmático consiste precisamente en que la naturaleza de su núcleo articulador queda fuera de discusión, por ser exterior al sistema.⁴⁰ Su determinación es, entonces, apriorística. A lo más que puede llegar un jurista, cuando rechaza los contenidos axiológicos que constituyen los dogmas, es a desarrollar una caracterización netamente instrumental de los procesos técnico-sistemáticos que se le ofrecen como modo de operación.

La dogmática jurídica no puede concebirse —por lo menos de inicio— como un ejercicio crítico del derecho positivo. En este sentido, a lo que puede aspirar es solamente a proponer ajustes técnicos en el contenido de las normas vigentes, o bien, a flexibilizar su contenido por la vía de los cauces de aplicación. La prohibición implícita de revisar el núcleo dogmático restringe necesariamente las posibilidades de una verdadera teoría integral.⁴¹ Por otra parte, la recepción del orden normativo como materia principal de trabajo, impide al jurista discriminar los valores positivizados en el derecho vigente;⁴² por lo tanto, su labor tiene que ser hermenéutica y constreñirse a armonizar los sentidos normativos desde la perspectiva axiológica que el orden jurídico supone. Esto, cuando no se habla explícitamente de que el concepto de justicia —así, indefinido— sea el que provee el cierre semántico para el ejercicio dogmático. No obstante sus límites, la dogmática puede favorecer la autocritica; al respecto siempre abrirá una competencia en torno a la mejor solución a un problema de aplicación planteado o a un criterio específico de comunicación de contenidos.

³⁹ VIEHWEG, Theodor, *Tópica y filosofía del derecho* (trad. Jorge M. Seña), Barcelona, Ed. Gedisa (Estudios Alemanes), 1991, p. 101.

⁴⁰ Cfr. LUHMANN, Niklas, *op. cit.* (26), pp. 27 y 28.

⁴¹ *Ibidem*, p. 21.

⁴² VIEHWEG, Theodor, *op. cit.* (39), pp. 105 y 123.

La dogmática no puede incorporar de manera arbitraria elementos exógenos al sistema para realizar una crítica exterior. La recepción de cualquier dato cognoscitivo supone un proceso previo de armonización con los contenidos del cuerpo doctrinario. Lógicamente, en este ejercicio es común que se altere el carácter genuino del factor incorporado.

Señalar las limitaciones críticas de la dogmática no es, por otro lado, un intento de silenciar sus méritos, tales como: las aportaciones al desarrollo sistemático del derecho, a la ampliación de la perspectiva técnica de solución de problemas, a la comunicación del sentido de la experiencia jurídica, a la adaptación del derecho a sus ámbitos de aplicación, por mencionar sólo algunos. Lo anterior coloca a la dogmática en el sitio de honor de los niveles cognoscitivos del derecho, ya que este tipo de trabajo se aviene al sentido práctico de las tareas jurídicas.⁴³ Los especialistas del derecho son, por regla general, profesionistas en ejercicio, cuyas necesidades operativas sobrepasan cualquier tipo de pretensión teórica de carácter general. Por eso no es casual que, aun para aquellos juristas que mantienen intereses teóricos paralelos a su trabajo práctico, resulte difícil conciliar los resultados especulativos de su reflexión con las emergencias de su ejercicio profesional. Alguien señaló que el mismo Kelsen, cuando fue consultado profesionalmente para dictaminar, olvidó sus recomendaciones teóricas sobre la interpretación de las normas.⁴⁴ En general, los esfuerzos especulativos en el ámbito jurídico padecen un grado de aislamiento que los vuelve verdaderamente marginales en el contexto de la práctica especializada del derecho. No se trata nada más de un problema de cerrazón de los juristas, sino también de un conflicto que finca sus reales en las necesidades específicas del trabajo jurídico y en el gravamen que representa los contenidos de la ley ante cualquier intento de reflexión independiente. No es tanto el carácter absoluto de las prohibiciones lo que frena el ejercicio teórico más allá de la dogmática, como sucede en el caso de la teología; en realidad, es el *tempo* del derecho que requiere de una complicada conjugación de dinámica y estabilidad. Los contenidos jurídicos, ni pueden variar ante cualquier estímulo emergente de la realidad, ni tampoco resistir las necesidades de adaptación generadas por los cambios sociales.⁴⁵

⁴³ *Ibidem*, p. 78.

⁴⁴ LOZANO, Mario G., *op. cit.* (15), pp. 128 y 137.

⁴⁵ *Cfr.* LUHMANN, Niklas, *op. cit.* (26), pp. 95-113.

La dogmática puede conciliar, dentro de algún parámetro, los desfases entre norma y realidad. No es extraño que colabore a mantener la vigencia de preceptos anacrónicos a través de artificios interpretativos que le devuelven cierta frescura a las prescripciones normativas.⁴⁶ Sin embargo, aun aquí, el intérprete dogmático tiene que fincar el alcance novedoso de su solución compadeciendo la nueva respuesta con el sentido vetusto de la norma. Si se contempla el problema desde la dimensión opuesta, cabría preguntar qué sentido tendría un ejercicio teórico que anticipe soluciones, si en éstas existe una alta probabilidad de choque contra el sentido actual de las respuestas jurídicas ortodoxas. El presente continuo del derecho es un escollo demasiado pesado para un tipo de pensamiento —como el teórico— que se mueve con mucho más libertad en el tiempo.

Podría afirmarse que una limitación como la que se ha expuesto es propia de cualquier ciencia, ya que, en última instancia, el proceso de investigación y de teorización tiene un límite concreto en la propia realidad y que, para la teoría jurídica, el derecho vigente juega precisamente como cualquier otra realidad acotada. Con esta objeción, no obstante, se dejaría de percibir que el derecho positivo, por su naturaleza prescriptiva, irradia un influjo especial sobre el intérprete,⁴⁷ quien, a diferencia de otros científicos, tiene un compromiso práctico con el sentido de la ley. Con precisión, Bobbio se refirió a este problema: "Está claro, pues, que la investigación sobre los comportamientos no puede dejar de remitir continuamente al estudio de la regla en la que están colocados".⁴⁸ La inercia del *statu quo* es, en buena parte, la fuerza del derecho que, como sistema calificativo, toma a su vez de la realidad social los valores materiales que concreta.

Luhmann señala que no siempre la dogmática puede ser identificada como un dato de inhibición para el desarrollo cognoscitivo.⁴⁹ El quehacer dogmático ofrece una distancia relativa respecto del derecho vigente y, a partir de ese espacio propio, fomenta la reelaboración autónoma. En la medida en que el cuerpo dogmático es una zona de significados seguros, es posible —ya sea transitoriamente— trasladar el peso estabilizador de la norma vigente al propio cuerpo doctrinario y, ya estando allí, es mucho más fácil liberar relativamente los conceptos e incrementar la oferta de opciones de sentido para su función

⁴⁶ *Ibidem*, pp. 98 y 99.

⁴⁷ *Cfr.* ROSS, Alf, *op. cit.* (25), p. 20.

⁴⁸ BOBBIO, Norberto, *Contribución a la teoría...*, *op. cit.* (7), p. 77.

⁴⁹ LUHMANN, Niklas, *op. cit.* (26), pp. 20 y 27.

reguladora. En este orden de cosas, la dogmática deviene incremento de posibilidades de solución a los problemas jurídicos. Esta autonomía reproductiva debe verse con reserva porque tampoco pueden desaparecer fácilmente del horizonte los límites objetivos que arriba señalamos. Sin embargo, es sugerente la propuesta e invita a pensar que, siendo también un mecanismo de control del sistema de conceptos, puede asumir, en intervalos indefinidos, una función de arbitraje sobre el sentido de la ley. En términos de Luhmann, es posible que soporte un incremento de los riesgos explicativos y aplicativos del orden jurídico vigente.⁵⁰ Es así, de hecho, como llega a flexibilizar el sentido de la ley.

Cabe señalar que el pensamiento dogmático puede desarrollarse en dos direcciones: procesando la realidad de una manera inmediata a través de un sistema de conceptos y principios, como es usual en nuestra tradición jurídica; o bien, sistematizando el planteamiento del derecho como conocimiento de problemas. En esta segunda opción el cuerpo doctrinario se construye a partir de la casuística, como ocurre con el derecho anglosajón. En ambos casos, el proceso dogmático implica una definición previa de contenidos que determinan el trabajo puntual de construcción.⁵¹

En un sistema de derecho escrito, la capacidad "autoconstructiva" del ordenamiento se mantiene a través de dos surtidores permanentes: el sistema de fuentes —que se localiza materialmente en el texto constitucional— y en su respectivo acompañamiento dogmático que produce las condiciones doctrinarias para la mejor adaptación y manejo de las normas vigentes. Con ambos elementos y con sus remisiones mutuas, se crea una microcultura jurídica que se distingue del resto de la realidad por su operativo semántico especializado. El fenómeno de autoproducción del derecho mantiene como límite una norma de clausura que cierra el espacio jurídico a cualquier interferencia de la realidad social en su sentido crudo.

7. El espacio residual de la Teoría

Una vez identificados los perfiles del pensamiento dogmático cabría plantear el problema de su estatuto teórico. En otros términos, se tendría que explicar si, aun tomando en cuenta los gravámenes cognos-

citivos que representan sus prohibiciones críticas y sus inclinaciones pragmáticas, la dogmática puede todavía ser considerada como una teoría del derecho. Si la respuesta es afirmativa surge otra cuestión adicional: ¿Esa teoría —alimentada en forma sustancial por los procedimientos dogmáticos— tiene algún espacio cognoscitivo autónomo a partir del cual pueda pensarse críticamente sobre el sentido de los dogmas? Si se contesta afirmativamente, entonces habrá que esforzarse por especificar cuál es el ámbito de la dogmática y cuál es el que corresponde a la teoría. La cuestión admite tres tipos distintos de solución:

a) La teoría jurídica encuentra un *espacio filosófico* cuando trasciende el sentido práctico de la dogmática y formula reflexiones que penetran críticamente los contenidos de los dogmas. Por ejemplo, se formulan preguntas sobre el sentido de las clasificaciones, la validez de los principios o la funcionalidad de los conceptos. Estos cuestionamientos pueden todavía cruzarse para generar una zona de problemas más amplios a partir de los cuales habrá que contestar sobre el sentido general del derecho. Este tipo de trabajo teórico tiene una finalidad explicativa; pero, si se incorporan al análisis variables de tipo teleológico, como suele suceder por ejemplo con el Iusnaturalismo, se compromete la neutralidad de los resultados y es fácil llegar al terreno de las justificaciones.

Históricamente, la teorización "filosófica" sobre el ámbito jurídico ha sido el acompañamiento natural de la reflexión dogmática. Estos cuerpos cognoscitivos han llegado a plantearse como complementarios: a la dogmática corresponden los problemas técnicos; a la filosofía del derecho, las cuestiones de índole sustantiva.⁵²

b) La teoría jurídica puede asumirse exclusivamente como *análisis formal* del orden jurídico. La concepción kelseniana es paradigmática al respecto: todo el énfasis cognoscitivo se deposita en las normas y en sus aspectos reproductivos y estructurales. El rasgo fuerte de este tipo de enfoque está, precisamente, en la intención deliberada de excluir los elementos metajurídicos. Huelga decir que, este tipo de cortes artificiales de la realidad con intenciones cognoscitivas, generalmente resienten después la falta de nexos lógicos con la parte de la realidad que marginan. No obstante, las "teorías puras" ayudan a resaltar ciertos elementos específicos del objeto sobre el que se proyectan. Por eso nadie ha logrado superar la precisión de algunas nociones kelsenianas

⁵⁰ *Ibidem*, pp. 30 y 34.

⁵¹ VIEHWEG, Theodor, *op. cit.* (39), pp. 178-184.

⁵² Cfr. BOBBIO, Norberto, *Contribución a la teoría...*, *op. cit.* (7), pp. 82 a 50.

sobre la forma de autoconstrucción del sistema jurídico y sobre la juridización de la vida moderna en las sociedades occidentales.

La finalidad de una teoría formal como la kelseniana no llega siquiera al propósito de la explicación; Kelsen manifiesta que el fin del trabajo teórico es meramente descriptivo. De manera menos categórica, en un pasaje de la *Teoría Pura* es posible leer: "la multiplicidad de normas jurídicas [...] producidas por los órganos jurídicos, sólo se convierte en un sistema unitario y consistente, en un orden jurídico, mediante el conocimiento de la ciencia jurídica".⁵³ No resulta claro el sentido que debe atribuirse a esta expresión. Aunque Kelsen aclara que la connotación estructurante que confiere a la teoría jurídica es sólo epistemológica, hay que señalar que la explicación no es satisfactoria porque el concepto de orden se utiliza en su obra sin una negativa de sus contenidos empíricos; aquí en cambio, tendría que aludir simplemente al criterio lógico de agrupación de las normas.

La obra kelseniana es, en buena medida, corrección de la dogmática jurídica tradicional. La *Teoría Pura* es un programa crítico que pretende establecer la certidumbre de las categorías jurídicas a través de la fuerza especificante del orden normativo, considerado en su carácter de sistema. La rectificación kelseniana a la dogmática tradicional no se dirige hacia sus limitaciones críticas sino, más bien, marcha contra la asimilación de elementos extranormativos en las explicaciones jurídicas. Los conceptos clave de la dogmática son redefinidos por Kelsen a través de categorías "puras", pero no son removidos de manera definitiva. La *Teoría Pura* conserva el espacio reflexivo de la dogmática —así sea replanteado—, aunque agrega un espacio adicional que tiene relación con el carácter sistemático —e incluso hermético— que confiere al análisis por medio de la especificación de la validez como criterio de integración normativa.

La clausura kelseniana del objeto de estudio del derecho impide la penetración del análisis al nivel de las cuestiones fácticas, restringe el papel de la teoría a una explicitación de los nexos sistemáticos del orden jurídico —que en la dogmática tradicional nunca aparecen claros— y a una rectificación del enfoque; todo ello orientado hacia la satisfacción del problema de la distinción. A pesar de sus esfuerzos depuradores, en las recaídas metodológicas al campo de la realidad, Kelsen logra explicaciones con enorme mérito desde la perspectiva de la teoría social. Sin embargo, como su sociologismo no es intencional,

⁵³ KELSEN, Hans, *La teoría pura...*, op. cit. (17), p. 85.

desaprovecha los efectos cognoscitivos que le hubieran podido ayudar a trazar una teoría del derecho con propuestas equilibradas entre los aspectos formales y los datos históricos.

c) Una *teoría realista* del derecho es generalmente un ejercicio con vocación crítica. Sus principales impactos se encaminan precisamente a evidenciar las prohibiciones que se encierran en el núcleo de "verdades" que sostiene a la dogmática. El camino crítico del sociologismo puede ser descrito como un proceso de restauración de la realidad. Los hechos se presentan como causa de desequilibrio entre las simetrías conceptuales de la dogmática. De manera concomitante, toda la fuerza de la explicación se coloca en el carácter material del derecho —trátese de ley o del curso judicial de la aplicación de normas—. Una explicación fáctica debe señalar en forma pormenorizada las condiciones de tipo material por las que el derecho se positiviza y, aún más, se establece como cauce eficaz del comportamiento. El riesgo principal del sociologismo es la parcialidad; su enfoque puede desplazar con suma facilidad el análisis propiamente normativo del derecho. La omisión de todo el campo de la validez —en términos de sistema— impide que el derecho pueda entenderse desde una óptica que no sea la del simple arbitraje de la fuerza. Las normas jurídicas son obedecidas por su carácter coercitivo o, de otra suerte, el ejercicio coactivo es eficaz, precisamente porque se apoya en una norma que fundamenta el uso de la fuerza. Este es el dilema que, de no plantearse en tono dialéctico, conlleva a la parcialización del enfoque.

Los méritos de una concepción realista son evidentes en cuanto recupera para la teoría jurídica el carácter de conocimiento social e, indirectamente, una perspectiva concreta que permite remover al derecho del espacio fantasmal del *sollen*. En otros términos, el planteamiento realista permite recuperar el nexo entre naturaleza y sociedad y, en consecuencia, autoriza a violar el carácter intangible del *sollen* haciéndolo abandonar su *status* específicamente epistemológico y recolocándolo como una forma particular del ser.⁵⁴

Ya identificados los derroteros realistas, lo que viene necesariamente a discusión es, si en esta perspectiva, la técnica jurídica puede ser algo más —o algo peculiar— respecto de la teoría social. Toda teoría del derecho podría devenir en Sociología Jurídica si no se ponen a salvo las peculiaridades semánticas y deónticas de los fenómenos jurídicos. Un enfoque realista es sustancialmente antidogmático; a

⁵⁴ Cfr. CERRONI, Umberto, op. cit. (6), pp. 113 a 130.

pesar de ello, la simple ruptura del núcleo de "verdades" no garantiza una explicación final del derecho, aunque puede, no obstante, ser un factor muy favorable para esclarecer el proceso de positivización de valores y la proyección de intenciones políticas en el orden jurídico. Así las cosas, el derecho siempre surge como un conjunto de estructuras institucionales cuyas motivaciones no se plasman de manera directa en sus definiciones. El ejercicio teórico debe consistir, entonces, en un proceso de alumbramiento que permita identificar los contenidos genuinos —no perceptibles en la superficie— de las normas jurídicas.⁵⁵ La crítica teórico-práctica del derecho no resuelve los problemas funcionales de su aplicación; de hecho, no es relevante la mayoría de las veces para su desarrollo técnico. El jurista, por tanto, en rara ocasión asume este tipo de teoría como una postura de carácter profesional. Los practicantes del derecho difícilmente ofrecerán su reconocimiento a una ciencia jurídica que consiste exclusivamente en el cuestionamiento del sentido evidente de las normas.⁵⁶

8. La Teoría Jurídica: una precaria convención

Las diferencias de enfoque entre los juristas no sólo concretan la competencia académica por la explicación de los fenómenos jurídicos. Como quedó expuesto, las disputas no se refieren al cómo enfocar el derecho, sino que se extienden a un campo de mayores dificultades cognoscitivas: el que corresponde al qué estudiar. El carácter científico de la teoría del derecho tendría que dirimirse —de acuerdo con el concepto contemporáneo de ciencia— en el ámbito de la *convención*; ⁵⁷ que es el del reconocimiento social a la índole científica, atribuido por los mismos agentes jurídicos a cada esfuerzo teórico. Si desplazamos las disputas de signo ideológico, las fracturas más importantes en los niveles cognoscitivos del derecho provienen de dos ejes de polarización distintos: la primera antinomia se refiere al corte *formalismo-realismo*; la segunda contraposición se finca entre *dogmática* —en cuanto enfoque pragmático y funcional del material jurídico— y *teoría* —en tanto reflexión independiente sobre el conjunto del derecho—. Estos ejes admiten combinaciones en sentidos asimétricos:

⁵⁵ ROSS, Alf, *op. cit.* (25), p. 26.

⁵⁶ Cfr. CALSAMIGLIA, Albert, *op. cit.* (8), p. 48.

⁵⁷ CALSAMIGLIA, Albert, "Estudios preliminares a la edición de *¿Qué es la justicia?* de Hans Kelsen", *op. cit.* (13), p. 32.

por ejemplo, tanto *realismo* como *formalismo* compiten como explicaciones válidas de los procesos jurídicos; ambas posturas pretenden el *status* de teorías del derecho. El *formalismo* y la *dogmática* no son desde luego polos incompatibles; es prácticamente imposible que un enfoque formal del derecho no suponga en lo principal un cuerpo *dogmático*. El uso técnico de los conceptos generalmente implica un vaciado de su contenido fáctico. El realismo, por su parte, rechaza la construcción *dogmática* y se presenta como crítica de su enfoque parcial.

Las tensiones señaladas atraviesan el campo cognoscitivo del derecho y provocan una disociación entre el practicante jurídico propiamente dicho y el teórico, de tal forma que el trabajo de este último resulta superfluo y mal situado desde el punto de vista de las necesidades del primero. La humildad crítica del conocimiento *dogmático*, en cambio, se ofrece como vehículo funcional para el trabajo práctico. Cualquier tramo teórico que trascienda los niveles explicativos de la *dogmática* sufre para adaptarse al ejercicio profesional del derecho. Quien opera las normas otorga un reconocimiento tácito al tipo de orden social que positivizan. Cuestionar axiológicamente o políticamente el contenido del derecho obliga a transitar del campo de la *dogmática* al de la crítica. Las posiciones conservadoras de los juristas tienen raíz en el carácter también conservador del orden jurídico. Una teoría jurídica que no asume las cargas valorativas del orden normativo vigente tiende a definirse como enfoque subversivo y, además, como un punto de vista inmanejable en el universo cerrado de los procesos jurídicos.

La brecha que separa a la teoría de la práctica jurídica afecta la legitimidad del trabajo reflexivo de naturaleza independiente, ya que impide su sedimentación en una comunidad amplia de practicantes. El uso de las herramientas normativas descarta, por su parte, todas aquellas problematizaciones exorbitantes a la conveniencia de la argumentación que se desplaza con una finalidad práctica. La teoría jurídica queda así confinada a un influjo tangencial. Los impedimentos convencionales que le plantea el ejercicio profesional del derecho no permiten que los análisis —particularmente los de rasgo crítico— se socialicen y se transformen finalmente en experiencias compartidas. El extrañamiento que manifiesta la *dogmática* dominante a la teoría que la excede, desplaza al jurista crítico hacia la sociología o hacia la ciencia política; de hecho son estas dos vertientes las que terminan nutriendo el cuerpo crítico de la teoría jurídica.

Los niveles de comunicación del conocimiento y de la experiencia jurídica se cierran al verse dominados por una extensa didáctica de la dogmática. La reflexión de tipo integral obligaría a plantear el discurso jurídico —como lo ha dicho Ross— siempre en dos niveles simultáneos: el de la validez y el de la realidad. Una visión que equilibre estos dos polos sobrepasa las necesidades teóricas del ejercicio jurídico y complica la enseñanza del ya de por sí escabroso paralelismo dogmático. La teoría jurídica padece, por eso, una falta de aceptación mayoritaria de sus efectos críticos; carece de un espacio propio de reconocimiento y, sus escasos practicantes, desfallecen en el esfuerzo por acotar los análisis dogmáticos en un primer nivel explicativo del derecho. Por lo dicho, aún no es posible ampliar el horizonte cognoscitivo de los fenómenos jurídicos hasta el espacio de las experiencias de los efectos normativos. El rubro de la construcción del orden social aguarda todavía una explicación que conjugue derecho, política y moral en un enfoque integral de los procesos institucionalizadores de la vida social. Queda pendiente no la desmitificación del carácter autoconstructivo del derecho, sino su explicación cabal; es decir, una línea discursiva que permita establecer el sentido de las construcciones artificiales que —en tono de forma— producen las sociedades a través del derecho.

II. LA TEORÍA KELSENIANA EN LA PERSPECTIVA DEL SOCIOLOGISMO INVOLUNTARIO

1. ¿Acercamientos fortuitos?

No es ninguna casualidad que la obra de Kelsen sea confrontada frecuentemente con la sociología. A primera vista, el carácter excluyente de la *Teoría Pura* parecería rehusar cualquier contacto con la teoría social. Sin embargo, hay elementos del análisis sociológico —particularmente de la obra de Weber— que, aunque no se explicitan, se incorporan al discurso kelseniano con un peso innegable en el orden de sus resultados.⁵⁸ A estas integraciones subrepticias podemos llamarles recaídas empíricas o, tal vez, infidelidades metodológicas;⁵⁹ en todo caso, se trata de un balance imprescindible, porque, de

⁵⁸ BOBBIO, Norberto, "Kelsen y Weber" en *op. cit.* (1), pp. 57 a 59.

⁵⁹ Cfr. CERRONI, Umberto, *Marx y el derecho moderno* (trad. Arnaldo Córdova), México, Ed. Grijalbo (Teoría y Praxis, 14), 1975, pp. 46 y 47.

no aplicarse al análisis formal del derecho, éste terminaría convirtiéndose en una simple conjetura. Por más que se intente aislar lo jurídico en el nivel del *sollen*, su vertiente empírica obliga a volver al terreno histórico y allí, si el enfoque formalista no proporciona los elementos necesarios para esclarecer el enlace de la norma con la realidad, se hace menester que las categorías sean importadas de otros ámbitos cognoscitivos: en este caso el empréstito se toma de la sociología. Así, aunque Kelsen nunca admite de manera abierta la recepción de elementos sociológicos en la *Teoría Pura*, es evidente que éstos permean las capas del discurso y llegan a colocarse como presupuestos que incluso terminan por determinar de manera importante el sentido de sus tesis.⁶⁰

Aunque Kelsen recogió frutos prohibidos de la sociología, es también acreditable que el pensamiento sociológico se ha beneficiado con la *Teoría pura del derecho*. Se admite que, por reacción, Kelsen acotó con más precisión que nadie el objeto específico de la sociología jurídica.⁶¹ Ayudó al proceso depurador de esta disciplina, cuyos lastres naturalistas impidieron por décadas una decantación adecuada de su objeto de estudio. Por otra parte, la obra kelseniana sigue siendo la fuente más precisa para explicar —aun sociológicamente— el proceso de juridización de los espacios públicos desde el surgimiento del Estado Moderno.

Kelsen realiza remisiones intencionales al pensamiento de Max Weber; especialmente a los pasajes que le ayudan a mantener la dicotomía entre *sein* y *sollen*, ya que en la sociología weberiana se admite sin reservas la diferencia entre ciencias explicativas y ciencias normativas. Weber también destaca la diferencia entre la validez empírica del derecho y su validez formal;⁶² corte que coincide, en términos generales, con la dicotomía kelseniana que se proyecta entre validez y eficacia. Asimismo, el modo que propone la sociología comprensiva para abordar la caracterización del Estado, subrayando en todo momento la juridización de las relaciones de dominación, es muy similar al enfoque de Kelsen quien, a su vez, acepta la idea del monopolio legítimo de la "coacción física", para explicar la centralización del poder en la conformación del Estado contemporáneo. Ambos pensadores sitúan la coacción como dato central para la determinación

⁶⁰ SCHMILL, Ulises, *El concepto del derecho...*, *op. cit.* (1), pp. 164 a 180.

⁶¹ TREVES, Renato, "Kelsen y la sociología" en *op. cit.* (1), p. 195.

⁶² KELSEN, Hans, *Teoría general...*, *op. cit.* (2), pp. 109 a 112.

de lo jurídico y como pieza principal en el enlace con los factores de naturaleza política; Weber mantuvo la fuerza como garantía externa del derecho, Kelsen asimiló directamente las normas, el carácter coactivo del orden jurídico.⁶³

2. La "hegemonía" del análisis formal

Aunque la *Teoría Pura* y la *Sociología Comprensiva* presentan puntos de contacto, existen diferencias que bifurcan sus conclusiones aun en los temas de mayor proximidad. Como ejemplo, se puede invocar el argumento weberiano sobre la naturaleza dual —normativa y material— de las asociaciones de dominación. Weber argumenta que la dominación se ejerce a través de aparatos; es decir, de cuadros administrativos que especializan las funciones políticas y controlan profesionalmente sus procedimientos; aunque la asociación de dominación opera siempre sobre una base normativa que proporciona estabilidad y sentido a la acción de los agentes.⁶⁴ La conjugación de ambos elementos conduce a la visión integral de las dos caras del orden: la normativa —radicada en el estatuto de la asociación— y la material —reconocible a través del arbitraje de normas que efectúa el cuadro administrativo—. Para Kelsen, asumidas sus restricciones metodológicas, no es dable remitirse a los agentes que operan el orden normativo, sino como órganos del mismo derecho. Por eso, la existencia de los sujetos se disuelve en los predicados normativos, al grado que la misma fuerza surge del discurso kelseniano como un atributo de la norma y no propiamente como un hecho. El carácter prescriptivo de la norma jurídica cobra así entidad y se convierte en poder: de ahí la asimilación posterior del Estado al derecho. De ahí también los reproches kelsenianos a Weber por utilizar la "funesta" expresión: *existencia* del Estado, queriendo indicar con ello una forma independiente del ser estatal con respecto al derecho.⁶⁵

A pesar de los derroteros divergentes de la *Teoría Pura* y de la sociología, cabría indicar que Hans Kelsen se empeñó mucho más en acotar su análisis respecto de la jurisprudencia sociológica que de la teoría social en sentido estricto. El deslinde kelseniano se dirigió con-

⁶³ KELSEN, Hans, "El concepto de Estado..." en *op. cit.* (29), pp. 267 a 281.

⁶⁴ WEBER, Marx, *Economía y sociedad* (ed. preparada por Johannes Winckelmann), México, Ed. FCE (quinta reimpresión de la 2a. ed.), 1981, pp. 39 a 41 y 173 a 180.

⁶⁵ KELSEN, Hans, "El concepto de Estado..." en *op. cit.* (29), p. 270.

tra la intención de hacer pasar al sociologismo como única teoría del derecho;⁶⁶ en cambio, nunca se opuso a que el orden jurídico fuera abordado *complementariamente* por la sociología. El problema surgió, sin embargo, cuando Kelsen proyectó el enfoque normativo como perspectiva hegemónica. Para que el sociólogo pueda acercarse al derecho o al Estado debe contar previamente con una noción de lo jurídico y, para adquirirla, sólo tiene el camino del análisis formal. Desde el punto de vista kelseniano, entonces, el análisis sociológico de lo jurídico no se construye en realidad a partir de un campo autónomo, sino que constituye un momento posterior y dependiente del enfoque formal:

La sociología comprensiva —expone Kelsen— debe ser también jurisprudencia, o bien, ver con ojos de juristas para poder —en resumidas cuentas— ver, ya que el sentido de la acción social que ella transmite, es frecuentemente el derecho.

[...] La sociología añade la pregunta de bajo qué condiciones [...] es probable una acción orientada a un ordenamiento jurídico denominado "Estado", [...] la sociología se traslada a distintas esferas del conocimiento jurídico normativo. Pero este problema tiene un carácter secundario, es decir, se puede plantear luego del establecimiento de la esencia.⁶⁷

La misma tendencia a la formalización es palpable en las objeciones que Kelsen formula a Weber reprochándole la "entificación" del Estado, ya que ésta se realiza en detrimento de su asimilación lineal al orden jurídico normativo. Sobre este asunto la *Teoría Pura* no fijó autocontenciones puesto que nunca accedió a reconocer la existencia del Estado fuera de la dimensión del derecho. La tesis kelseniana golpeó tanto a Weber como a la sociología política en general, pues su objeto de estudio quedó prácticamente vacío al eludirse el carácter material de los órganos del Estado y la facticidad del orden de relación que éstos concretan. La perspectiva kelseniana diluye la historicidad de los regímenes políticos y, en consecuencia, desplaza de una manera ilegítima los enfoques analíticos que se dirigen al aspecto positivo de las relaciones de dominación. Si la visión del Estado sólo pudiera ser jurídica como lo pretende Kelsen, nunca resultarían explicables los cambios revolucionarios, tan frecuentes en la historia política de la humanidad. Si las directrices normativas perdiesen de vista

⁶⁶ KELSEN, Hans, *Teoría general...*, *op. cit.* (2), p. 193.

⁶⁷ KELSEN, Hans, "El concepto de Estado..." en *op. cit.* (29), p. 274.

permanentemente a los agentes sociales, el trabajo científico quedaría relegado a la expurgación de predicados y toda explicación de la génesis social del fenómeno del orden resultaría inviable.

Lo que puede reprocharse a Kelsen es no haber sostenido su promesa metodológica de respetar la alternativa del enfoque empírico sobre el derecho y el Estado. Cualquier complementariedad se dificulta en cuanto el autor de la *Teoría Pura* decide avanzar agresivamente sobre el campo de la sociología para imponerle el enfoque formal del derecho como condición ineludible. No es lo mismo abordar el fenómeno jurídico como un producto de la actividad social que se diferencia y se especializa a medida que concreta su evolución, que explicar los sucesos sociales siempre como una derivación de las prescripciones normativas. La segunda perspectiva deviene necesariamente en un "constructivismo" recursivo. Para decirlo con Jesús Ignacio Martínez: "El derecho gestiona su propia tautología pues la cualidad normativa es un circuito cerrado: sólo es derecho lo que el derecho considera como tal".⁶⁸ Para Kelsen la recursividad del derecho no implica que éste tenga que fugarse hacia derroteros intangibles —o mejor dicho: metafísicos—; al contrario, el autor de la *Teoría Pura* sostiene que: "una ciencia es «empírica» en contraposición a «metafísica» no solamente si describe hechos que suceden en el tiempo y en el espacio, sino también si describe el sentido de ciertos actos humanos".⁶⁹ Estas afirmaciones que formula Kelsen orillado por las argumentaciones críticas de Ross, vuelven a evidenciar la fragilidad del *sollen* como espacio solamente cognoscitivo. La historicidad del derecho presiona y, tarde o temprano, conlleva a ubicarlo como un tramo de la realidad. Si la incorporación de los datos fácticos se realizara en forma deliberada habría una mejor oportunidad de efectuar una asimilación crítica. De lo contrario, la realidad social será trasladada al análisis jurídico sin mediaciones.

Afortunadamente, Kelsen se fue infiel a menudo y en sus recaídas empíricas se pudieron afianzar las garantías de objetividad que, de otro modo, hubiera faltado a su teoría. La propuesta ahora es escudriñar algunos de los tópicos kelsenianos que se fincan en esa especie de realismo involuntario al que se ha hecho referencia y detectar el

⁶⁸ MARTÍNEZ, J. Ignacio, *La imaginación...*, op. cit. (27), p. 85.

⁶⁹ KELSEN, Hans, "Una teoría «realista» y la teoría pura del derecho" en *Contribuciones a la teoría pura del derecho* (trad. Eduardo Vázquez), México, Ed. Fontamara (Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, 8), 1991, p. 15.

alcance que estas recaídas hayan podido tener en la formulación final de sus tesis.

3. Una modernidad sediciosa

Entre los rasgos que mejor identifican a la cultura occidental se cuenta sin duda el de la juridización de los espacios institucionales, tanto públicos como civiles. La modernidad de los Estados burgueses procede en buena parte del influjo rector que otorgan los controles jurídicos. El acoplamiento del pensamiento ilustrado a los cauces concretos de organización de la vida social produjo una identificación casi total entre las instituciones jurídicas, el mercado y el ambiente ideológico de sesgo liberal. La ética del capitalismo ordenó su sistema axiológico con tres valencias fundamentales: la persona, la libertad y la razón. De estos tres elementos derivaron los conceptos de ciudadano, de voluntad y de propiedad, los cuales, entreverados, constituyen la médula valorativa de los órdenes jurídicos modernos.

Llama poderosamente la atención que en la obra kelseniana, a pesar de su cuño específicamente jurídico, se ofrezcan soluciones no ortodoxas a los tópicos modernos. Da la impresión de que las tesis de Kelsen no pasaron por la vía romántica y que se desentendieron pronto de cualquier nexo con la vertiente francesa de la Ilustración.⁷⁰

3.1. Contra la ingenuidad del contractualismo

La *Teoría Pura* mantiene una posición crítica contra los conceptos ingenuos del contractualismo y también representa un factor de choque respecto del liberalismo acrítico. La construcción del discurso kelseniano tiene un timbre desmitificador que, en ocasiones, se aproxima al tono antiideológico del marxismo. Al respecto, conviene recordar la forma en la que Kelsen elabora la explicación inicial de lo jurídico: no parte del concepto de libertad; su preocupación principal es definir el sentido normativo del deber.⁷¹ Al modo de Durkheim, reconoce la prioridad del fenómeno del orden sobre cualquier determinación de carácter idealista; en este sentido, su apoyo es hobbesiano. Kelsen desdice al Estado natural como situación armónica; cree, en cambio, en una naturaleza humana agresiva y en el impulso espontáneo del hom-

⁷⁰ KELSEN, Hans, "La doctrina del Derecho Natural ante el tribunal de la ciencia" en *¿Qué es la justicia?*, op. cit. (13), p. 71.

⁷¹ KELSEN, Hans, *La teoría pura...*, op. cit. (17), pp. 18 y 19.

bre que lo revela contra las exigencias moderadoras que provienen de la vida en común.⁷² La heteronomía que supone cualquier orden normativo causa malestar a los sujetos sociales que han experimentado la conciencia de su propio valor. El sometimiento a una voluntad ajena no es, por tanto, un hecho deseable en todas las circunstancias; por ello, es necesaria la existencia de un orden coactivo que promueva, de parte del grupo, ciertas medidas de control. Con el orden se trata de encauzar la conducta a través de normas externas que trasciendan los temores y deseos naturales de los agentes sociales. "El acceso a la sociedad —afirma Kelsen— significa ruptura con las leyes naturales",⁷³ pero el tránsito del estado natural a la vida civil no puede ser el resultado puntual de un acuerdo voluntario; se trata de un proceso histórico y de un desarrollo cultural parsimoniosos. Kelsen percibe con claridad que:

La fundación del Estado, la génesis del orden jurídico o de la voluntad del Estado no tiene lugar casi nunca en la realidad social, ya que el hombre en la mayoría de los casos *nace situado dentro de un régimen* ya constituido, en cuyo surgimiento no le ha cabido parte, y que, por lo tanto, se le presenta desde el principio como obra de una voluntad ajena. *Queda, pues, solamente a su alcance el desenvolvimiento y las rectificaciones de aquel orden.*⁷⁴

La fuerza integradora de la vida social no se sustenta de manera principal en la voluntad de los miembros del grupo; la cohesión proviene de los elementos normativos que son los que proporcionan la amalgama para las relaciones. El control social es, por tanto, un proceso técnico que se manifiesta en medidas directas e indirectas de motivación de la conducta. La moral ejemplifica las primeras; el derecho, corresponde a las segundas. En este planteamiento kelseniano, la coincidencia con Durkheim es casi total. Para el sociólogo francés, el derecho comparte con la moral la función normativa; sin embargo,

⁷² KELSEN, Hans, "La doctrina del derecho..." en *op. cit.* (13), pp. 72 a 79, y "Los fundamentos de la democracia" en *Escritos sobre la democracia y el socialismo* (trad. y selección de textos por J. Ruiz Manero), Madrid, Ed. Debate, 1988, p. 234.

⁷³ KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia* (trad. R. Luengo Tapia y L. Legaz y Lacumbra), México, Ed. Nacional, 1974, p. 17, y *La teoría pura...*, *op. cit.* (17), p. 73.

⁷⁴ KELSEN, Hans, *Esencia y valor...*, *op. cit.* (73), p. 22.

ofrece un nivel de tecnificación en el arbitraje disciplinario que lo convierte en una especie de moral especializada.⁷⁵ Cabe señalar que el presupuesto sociológico asumido por Kelsen con respecto al contractualismo se proyecta sobre la concepción que su obra propone de la voluntad y que ésta, a su vez, es basamento de la crítica a la noción del derecho subjetivo.

Contra la ficción de la voluntad general, Kelsen sostuvo la idea de que el orden jurídico —y, por ende la organización de la vida social— se sustenta en una situación de *compromiso*. El gobernante debe, para favorecer su ejercicio, realizar pactos con las fuerzas políticas que representan a los agentes que tienen capacidad de influir sobre el sentido de la vida social.⁷⁶ En la base de cualquier orden normativo existe un arreglo de intereses cuya estabilidad se garantiza precisamente a través de la aplicación del derecho. En este sentido, la concepción kelseniana coincide con el pensamiento social contemporáneo y, por ello, se nos ofrece como superación de las tesis ilustradas que, entre los juristas, han sobrevivido mucho más tiempo que en cualquier otra vertiente de la teoría social. El compromiso dinámico de fuerzas políticas en la base del orden jurídico es una aserción muy distante a la de Contrato Social como fuente de legitimidad del Estado Moderno. La idea del compromiso dinámico rompe de plano con la concepción de la armonía pactista, ya que reconoce la pluralidad de grupos e intereses que se manifiestan en la vida social y abre incluso un espacio para la comprensión de su carácter conflictivo.

3.2. *Contra el "dogma de la voluntad"*

La voluntad juega un doble papel en la dogmática moderna del derecho: por una parte, es el vehículo y el eje de los negocios privados; por la otra, es la fórmula de legitimación del Estado como régimen democrático. En la cultura occidental, la voluntad opera también como pieza dinámica principal: es la voluntad del consumidor en la teoría neoclásica de la economía; voluntad del ciudadano en la perspectiva de la teoría política, y voluntad del sujeto en el derecho. Estos ele-

⁷⁵ Vid. DÍAZ Y DÍAZ, Martín, "Emile Durkheim: el derecho como moral especializada" en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, núm. 17, 1993 (publicación anual de la Escuela Libre de Derecho), pp. 95-138.

⁷⁶ KELSEN, Hans, "Dios y estado" en *El otro Kelsen* (trad. del alemán de Jean Hennequin), p. 260, y "La garantía jurisdiccional de la Constitución. La justicia constitucional" en *Escritos sobre la democracia...*, *op. cit.* (72), p. 115.

mentos conforman la tríada práctica de la libertad en el pensamiento moderno.

Para entender cómo procede Kelsen en su ejercicio rectificador de la dogmática y cómo define el papel de los fenómenos voluntarios, lo primero es comprender que la voluntad individual —el querer—, es un hecho y, por eso, metodológicamente queda excluido como dato explicativo del *sollen*. Se trata de un proceso psicológico cuyas determinaciones se construyen al margen del derecho. A partir de esta distinción, Kelsen denuncia a los teóricos del derecho privado por haber edificado su doctrina sobre el “dogma de la voluntad”.⁷⁷ Este hecho acarreó confusión a la ciencia jurídica y ha fomentado una visión sincrética que presenta como elementos equivalentes la validez legal y el “ser deseados” de los negocios privados. Bajo este argumento, la autonomía de la voluntad surge como la determinación final del carácter obligatorio del negocio jurídico. Sin embargo, la obligatoriedad del derecho sólo se apoya parcialmente en el acuerdo privado; en realidad, el carácter constrictivo del acuerdo de voluntades deriva de las normas generales que establecen el régimen normativo de los contratos. El derecho contractual es obligatorio porque es válido y porque el derecho confiere competencia a los sujetos contratantes para desarrollar, a través de normas individuales, el sentido de una norma general en una relación específica.⁷⁸ Así, contra la voluntad como poder, Kelsen propone el poder de la voluntad normativizada. En todo caso, no es en el hecho psicológico del consentimiento donde radica la especificidad jurídica del fenómeno, sino en la atribución que hace el orden jurídico al sujeto.⁷⁹ La obligatoriedad del acto jurídico no deriva de la proyección de un deseo; proviene del carácter prescriptivo que tiene el derecho en cuanto orden objetivamente válido. En la propuesta kelseniana hay una transferencia clara: el derecho no se explica como desarrollo del sujeto, sino, con toda claridad, como proyección sistemática de las normas.

La *Teoría Pura* tiene entre sus pasajes también una dedicatoria crítica a la “voluntad general”. El derecho, en cuanto fenómeno histórico, preludió al Estado Moderno. Por eso, no resulta lógico el intento de sustentar las instituciones en un acto contractual, cuyo momento de

⁷⁷ KELSEN, Hans, “Acerca de las fronteras entre el método jurídico y el sociológico” en *El otro Kelsen*, op. cit. (1), p. 288.

⁷⁸ *Ibidem*, pp. 288 y 189.

⁷⁹ *Ibidem*, pp. 294 y 295, y *La teoría pura...*, op. cit. (17), pp. 264-269.

realización no resulta identificable. La validez del derecho no puede sostenerse en un acuerdo como el Contrato Social; depende, en cambio, del carácter prescriptivo de sus normas y de la coherencia interna del sistema. “No se requiere ser marxista —dice Kelsen— para tener por fantasma una voluntad general que aúne anímicamente a todo el pueblo, habida cuenta de las profundas contradicciones de clase que segmentan al pueblo [...]”⁸⁰ La voluntad del Estado no alcanza a ser otra cosa que una metáfora a través de la cual se quiere significar el papel uniformador que juega el orden legal en el proceso social de integración.

Si la dogmática tradicional ha de ser rectificada a partir del afianzamiento de los datos normativos, las piezas de reemplazo destinadas a cubrir el papel probervial de la voluntad son los conceptos: imputación y obligación. Responsabilizar jurídicamente a un sujeto y hacer obligatoria su conducta, de tal forma que ésta quede descrita como contenido de una norma, es la verdadera esencia del derecho: el ser una forma técnica de obligar a los sujetos sociales; de motivar sus comportamientos de acuerdo con el sentido de las normas generales válidas.⁸¹

En el trasfondo del planteamiento kelseniano que ubica al derecho como técnica de control social hay elementos de innegable valor para una aproximación sociológica al universo jurídico. El trazo crítico de la *Teoría Pura* no sólo aparta las explicaciones psicológicas sobre la voluntad —como lo sugiere su autor—, sino que además, remueve una serie de imágenes ideológicas procedentes del pensamiento moderno sobre las que se han fincado los mitos del Estado y de la autonomía de la voluntad. No debe entonces extrañar que, en este terreno, el pensamiento kelseniano corra paralelo con el marxismo y se presente como una teoría realista de la sociedad y del derecho. Si se compara el enfoque kelseniano, que coloca al derecho en la dimensión de las técnicas de control social, con los postulados idealistas del Iusnaturalismo o con las visiones tautológicas de los dogmáticos ortodoxos, se puede comprender por qué la teoría de Kelsen es la más fácilmente adaptable al análisis de la teoría social contemporánea.

⁸⁰ KELSEN, Hans, “Acerca de las fronteras...” en op. cit. (77), p. 298.

⁸¹ KELSEN, Hans, “El derecho como técnica social específica” en *¿Qué es justicia?...*, op. cit. (13), pp. 152 y 153.

3.3. La libertad como método

Para Kelsen libertad no significa evasión de la causalidad. El hombre es también parte de la naturaleza y sus actos, en consecuencia, deben identificarse como hechos naturales. En franca reacción contra el kantismo, la *Teoría Pura* se pronuncia por una libertad empíricamente condicionada. El orden jurídico supone, desde el punto de vista de la eficacia, que la voluntad humana sea causalmente determinable. Por lo tanto, cualquier discurso que represente al hombre como sujeto independiente de las relaciones causales, es una ficción.⁸²

El Derecho interpela a los destinatarios de las normas a través de actos de imputación; es decir, situando la conducta del sujeto en la perspectiva de la hipótesis de una norma. Para precisar la función de la imputación del orden jurídico no es necesario considerar al hombre como individuo libre, basta con un criterio técnico que lo fije como agente responsable. La imputación sólo funciona cuando se dirige a una voluntad que se reconoce causalmente determinada;⁸³ de otra suerte, el derecho quedaría completamente desfasado de su compromiso de eficacia. Al respecto, Kelsen apunta:

Sólo se atribuye o imputa algo a un hombre en la medida o en la extensión en que los órdenes moral y jurídico únicamente formulan exigencias para la conducta humana [...] únicamente en los hombres la representación de las normas de aquellos órdenes puede causar en ellos actos de voluntad que, a su vez, causarán la conducta requerida. La explicación no reside en la determinabilidad causal de la voluntad humana.⁸⁴

Sociológicamente resulta sugerente el argumento kelseniano que obliga a virar de la libertad —como determinación racional— a la previsibilidad de la conducta a partir del cálculo que puede establecerse sobre las reacciones de la voluntad. “Los órdenes jurídicos modernos presuponen un tipo medio de hombre, y un tipo medio de circunstancias externas, bajo las cuales los hombres, causalmente determinados, actúan”.⁸⁵ Esta degradación de la libertad kantiana conduce el con-

⁸² KELSEN, Hans, “Los fundamentos de la democracia...” en *op. cit.* (72), pp. 232 y 233.

⁸³ KELSEN, Hans, *La teoría pura...*, *op. cit.* (17), p. 110.

⁸⁴ *Loc. cit.*

⁸⁵ *Ibidem*, p. 111.

cepto del rango rígido de los valores absolutos al de los hechos maleables.

Para el orden normativo la libertad es sólo una referencia de la imputación, nunca un valor fundamental desde el punto de vista sistemático. La autodeterminación de la voluntad puede ser un valor positivizado, pero no una pieza operativa para la creación y la operación del derecho.⁸⁶

El orden jurídico es el resultado de una previsión que supone el distanciamiento relativo entre el querer de los individuos sometidos al derecho y el contenido de las normas que lo componen. En el cálculo de las situaciones de control, la libertad no aparece como valor intangible; se presenta como responsabilidad y como objeto posible de afectación a través de la aplicación de una norma válida. La vida en sociedad supone una transformación de la libertad natural de los sujetos. El querer irrestricto y antisocial debe convertirse en una opción relativa de ubicación del individuo en la sociedad. Para cerrar la idea con el corolario de Kelsen: “La libertad de la anarquía se transforma en la libertad de la democracia”.⁸⁷

La libertad social consiste, entonces, en la posibilidad de participar —así sea de un modo mediato— en la definición del orden jurídico. En esto, el concepto kelseniano se compeadece con el pensamiento moderno; sin embargo, ambas vertientes se apartan en la dimensión axiológica que confieren al concepto. La libertad de los modernos es un valor que determina el desarrollo del ordenamiento jurídico; en el parámetro kelseniano es solamente una referencia externa al sistema que actúa en la misma medida que las condiciones de eficacia sobre los criterios de validez.

La categoría verdaderamente relevante para el derecho es la noción de *deber*, ya que la imputación se entiende mejor como influjo coactivo sobre la conducta que como atributo del sujeto, anterior al derecho positivo. La noción del deber mantiene la realidad en su nivel específicamente jurídico; obliga a responder, como lo dice Kelsen, al “¿qué debe suceder conforme a derecho?” e impide cualquier desviación hacia los cuestionamientos de tipo causal que inquieren sobre el “¿qué sucede de hecho?”⁸⁸ La noción jurídica del deber no corresponde, claro está, a una determinación ética del concepto; se trata de un enlace lógico en

⁸⁶ *Ibidem*, p. 109.

⁸⁷ KELSEN, Hans, *Esencia y valor...*, *op. cit.* (73), pp. 231-233.

⁸⁸ KELSEN, Hans, *La teoría pura...*, *op. cit.* (17), pp. 117-122.

el que se vinculan ciertas condiciones a determinadas consecuencias. Técnicamente, la libertad admite ser observada desde distintos enfoques: primero, como valor garantizado; es decir, como derecho público subjetivo, protegido constitucionalmente. En este caso, la libertad opera como factor de inhibición contra la función legislativa; es, en síntesis, una zona mínima de resguardo contra cualquier afectación de tipo legal.⁸⁹ Por otra parte, la libertad opera como facultamiento en sentido negativo, o sea, como espacio no cubierto por las prohibiciones legales. En la primera situación la libertad surge como contenido de una norma constitucional que positiviza un valor de cuño democrático; en el segundo supuesto, se trata simplemente de un ámbito de acción que no se encuentra regulado de manera explícita, pero que forma parte del espacio jurídico privado a pesar de que éste se defina en sentido negativo. "Lo que los órdenes jurídicos modernos prohíben, casi sin excepción, es el impedir mediante la fuerza física la conducta no prohibida del otro".⁹⁰

La caracterización kelseniana de la libertad alberga una tendencia contradictoria. Desde la perspectiva normativa de la *Teoría Pura* resulta mucho más importante el concepto del *deber* que el de autodeterminación. La libertad aparece como un dato debilitado, sobre todo si se la compara con la importancia que le confiere, por ejemplo, el iusnaturalismo. La degradación de la libertad —su relativización— permite a Kelsen trazar, sin pruritos, una visión crítica sobre los dogmas valorativos del derecho burgués. Desde este punto de vista, la teoría kelseniana significa un avance respecto a la dogmática tradicional, porque ésta, determinada por la carga valorativa del liberalismo, desdeña cualquier esfuerzo crítico para observar el orden jurídico en su despliegue objetivo. Sin embargo, cuando Kelsen trata la libertad en sus obras políticas, ésta retoma su importancia axiológica; en esas ocasiones el autor aborda el tema de forma muy similar a los autores modernos y, de cara a la democracia, no duda en priorizar el peso de la libertad sobre el de la igualdad. Reconoce, eso sí, que se trata de un valor histórico y relativo.⁹¹

De todos modos, Kelsen es un liberal más por sus deseos de tolerancia que por sus convicciones acerca del individualismo y de la propiedad.

⁸⁹ KELSEN, Hans, "La garantía jurisdiccional..." en *op. cit.*, (76), pp. 121-125.

⁹⁰ KELSEN, Hans, *La teoría pura...*, *op. cit.*, (17), pp. 55-57.

⁹¹ KELSEN, Hans, *¿Qué es justicia?*, *op. cit.*, (13), p. 45.

4. ¿Derecho sin sujetos?

4.1. La noción "técnica" del Derecho Subjetivo

La dogmática del derecho moderno entronizó como ninguna otra corriente la noción del derecho subjetivo. En forma paralela a la tesis kantiana del hombre-fin, los códigos racionalistas plasmaron en su articulado la subjetivización del sistema jurídico. Así como llegó a reconocerse en las ideas políticas que la felicidad del individuo constituiría el punto cenital de la organización social, los juristas definieron al sujeto de derecho como punto de llegada del orden normativo. Los agentes sociales quedaron, entonces, convertidos en portadores naturales del sentido jurídico; fueron investidos de prerrogativas con validez general y ubicados como receptores de las garantías procesales. Hubo dos formas principales de entender la cuestión: para los iusnaturalistas, los derechos de la persona se definieron de plano al margen del orden jurídico positivo. Bajo esta perspectiva, el derecho vigente fue expuesto a la derrota moral porque los derechos naturales del individuo fueron considerados prerrogativas humanas de rango superior y, en consecuencia, incontrariables desde el orden jurídico positivo. En caso de conflicto, la valoración axiológica debía favorecer al conjunto de derechos naturales, por lo que las normas vigentes quedarían sentenciadas como disposiciones injustas. Para la dogmática de tipo exegético, en cambio, el derecho subjetivo resulta una especie de desdoblamiento del sentido objetivo de la norma que se explica como facultad del sujeto y, en ese caso, como una realidad independiente del derecho en vigor, aunque siempre enlazado a su sentido porque la facultad subjetiva mantiene como presupuesto una derivación normativa.

Fue a partir de la sociología positivista que se puso en cuestión la noción de derecho subjetivo. Se miró más hacia los valores grupales como la cohesión y la solidaridad. Esta nueva actitud generó pronto una búsqueda de la función social del derecho y una crítica a las concepciones individualistas. Ya situado como fenómeno de orden, el derecho podría prescindir —según el positivismo— del concepto dogmático del derecho subjetivo. Desde entonces, son numerosas las situaciones en las que la teoría social ha insistido en el carácter contingente de esta institución.⁹²

⁹² Un ejemplo de recepción y reformulación de las tesis positivistas, particularmente de Augusto Comte, lo ofrece: DUGUIT, León, "Las transformaciones del dere-

Kelsen se encuentra entre quienes han desarrollado argumentos críticos contra el derecho subjetivo. Se ocupó de poner en duda la suerte explicativa de la noción, cuando se la concibe como *poder de voluntad*, o cuando se la define como *interés protegido*.⁹³ Cualquier tesis que proyecta las facultades que se desprenden de una norma a favor de un sujeto y las esgrime como expresión de deseos individuales, se arriesga a recoger las consecuencias negativas que derivan del "dogma de la voluntad".⁹⁴ En esa perspectiva, el derecho deviene simplemente flujo de atribuciones y deja de contemplarse como un orden que fundamentalmente sienta obligaciones. La voluntad, entonces, no guardaría ningún poder distinto al que radica en la norma en virtud de su coercibilidad. En el caso de la tesis del *interés protegido* la caracterización del derecho subjetivo tampoco resulta satisfactoria porque, considerando al interés como algo escindido de la norma, éste no puede mantenerse como un dato jurídico. Lo específicamente normativo consiste en la protección que el orden coactivo otorga a un interés, nunca en el interés mismo.

La crítica kelseniana no se propone un embate total contra el concepto de Derecho Subjetivo. Se encamina solamente a establecer una noción neutra con poder descriptivo que pueda engarzarse a la secuencia de la *Teoría Pura*. La primera idea al respecto es que el concepto de derecho no puede obnubilar al de la obligación; ya que, normativamente, la categoría del deber precede a cualquier facultad otorgada en forma correlativa. El derecho subjetivo no puede explicarse al margen de la relación jurídica en la que se produce.⁹⁵ Dicho vínculo no es solamente un enlace entre sujetos; se trata de una relación mediada por una norma y definida objetivamente en su sentido por el derecho. El primer dato que se observa en el vínculo jurídico es que la norma define una obligación a cargo de alguno de los sujetos; una obligación que consiste en una prestación o en una abstención a favor del otro. Lo que la doctrina tradicional llama derecho subjetivo no es más que el revés de la obligación; dicho de otro modo, su *reflejo*. Desde la perspectiva deóntica de la norma, el sentido del derecho es idéntico al de la obligación; se trata de la misma realidad

cho privado desde el código de Napoleón hasta nuestros días" en *Las transformaciones del derecho* (trad. Carlos G. Posada), Buenos Aires, Ed. Heliasta, 1975, pp. 171-205.

⁹³ Kelsen, Hans, *La teoría pura...*, op. cit. (17), pp. 145-150.

⁹⁴ Kelsen, Hans, "Acerca de las fronteras...", en op. cit. (77), pp. 300-301.

⁹⁵ Kelsen, Hans, *La teoría pura...*, op. cit. (17), pp. 174-176.

jurídica. Ahora bien, puede ser que el orden normativo confiera además al sujeto al que se refiere el derecho reflejo, la facultad de exigir el cumplimiento forzoso de la obligación. Se trata, en este caso, de una habilitación distinta; aquí sí es posible, en términos kelsenianos, hablar de un derecho subjetivo en sentido técnico. El concepto que propone la *Teoría Pura* se integra, pues, con el derecho reflejo —es decir, con la obligación de un sujeto para con otro— y con la facultad que surge a favor del beneficiario para poder ejercitar el derecho de acción, exigiendo el cumplimiento por la vía coactiva.⁹⁶

El hecho de que Kelsen mueva el concepto de Derecho Subjetivo al plano de la relación y luego lo traslade al ámbito procesal del derecho de acción, favorece, en efecto, la visión integral del orden jurídico y la neutralidad de la descripción. ¡Qué va del concepto ideológico que define al derecho subjetivo como prerrogativa natural de la persona, a esta concepción genuinamente técnica que rectifica la dogmática eliminando de ella elementos superfluos a la operación normativa! Kelsen no paró en el rescate técnico de la noción de derecho subjetivo; como el mejor de los sociólogos fue también contra el carácter ideológico de la institución en su sentido tradicional. Denunció el carácter interesado de la concepción ortodoxa y puso de manifiesto su carácter "burgués". Según la crítica kelseniana, la noción de derecho subjetivo fue producto de la extrapolación de la estructura del derecho de propiedad a las otras vertientes de intereses jurídicamente regulados.⁹⁷ De ello se hablará a continuación.

4.2. *La propiedad: un modelo exportable*

Los derechos personales y los derechos reales a los que se refiere la teoría jurídica tradicional no representan para Kelsen una dualidad genuina: todos son, en consecuencia, *ius in personam*; aun los llamados derechos reales concretan "la conducta de un individuo en relación con una cosa determinada, conducta que todos los demás individuos están obligados a aceptar pasivamente del primero".⁹⁸ Con toda claridad se expresa en la *Teoría Pura* que la propiedad no es un atributo jurídico que interese sólo al titular del derecho, sino que se trata de una auténtica relación entre el sujeto propietario y los

⁹⁶ *Loc. cit.*

⁹⁷ *Ibidem*, pp. 143-149.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 143.

que no lo son. El vínculo jurídico funciona en este caso como mandato excluyente para todos los que no se encuentran facultados por la norma para realizar acciones sobre un determinado bien. Pero la fórmula del derecho subjetivo tiende un manto de ocultamiento que desvanece la imagen excluyente del derecho. Todo el énfasis descriptivo se carga hacia la caracterización de las facultades del propietario y, en consecuencia, oscurece parcialmente la obligación *erga omnes* que garantiza el aprovechamiento privado de los bienes apropiables. Invertiendo los términos de la imagen, Kelsen afirma: "El dominio [del propietario] no es jurídicamente más que el reflejo de la exclusión de los otros".⁹⁹

El carácter ideológico de la construcción dogmática en torno al derecho subjetivo consiste en la fetichización de la relación jurídica. En todo el sector de los llamados derechos reales, la doctrina tradicional presenta el vínculo jurídico protagonizado por el sujeto y la cosa. Esta representación doctrinaria deja fuera del campo visual de lo jurídico el carácter obligatorio de la relación que se establece entre el titular del derecho y los sujetos no propietarios. Las cosas no se detienen allí: el modelo jurídico que concreta la acción reivindicatoria como poder de recuperar; o dicho en otros términos, como facultad de exigir el cumplimiento de la obligación universal de abstención que se impone a todos los sujetos excluidos de la propiedad, se hipostasia sobre todo el campo de las relaciones jurídicas "privadas". Kelsen advierte con oportunidad que esta extrapolación tiene un carácter eminentemente histórico y, por tanto, contingente. No es sustancial al derecho, ya que sólo se produce en el marco específico del capitalismo.¹⁰⁰ El enunciado técnico de esta forma de protección al interés privado puede describirse así: se trata de un facultamiento del orden jurídico al beneficiario de un derecho que refleja una obligación correlativa definida a su favor; dicho facultamiento le permite, además, reclamar judicialmente la ejecución forzosa al sujeto que incumple con la prestación o la omisión que debe, a su vez, al sujeto facultado. Muy difícilmente un sociólogo "voluntario" del derecho hubiera podido proporcionar una mejor caracterización de las relaciones de propiedad en las sociedades occidentales contemporáneas.¹⁰¹ Aunque hubiese

⁹⁹ *Ibidem*, p. 144.

¹⁰⁰ *Ibidem*, pp. 148-149 y 181, y "El derecho como técnica..." en *op. cit.* (81), p. 172.

¹⁰¹ Cfr. AZUELA, Arturo, *La ciudad, la propiedad privada y el derecho*, México, Ed. Colmex, 1989, pp. 203-230.

sido sin proponérselo, Kelsen alumbró con gran precisión el sentido del carácter social que guarda el tipo jurídico de la propiedad; la presentó impecablemente como tipo ideal, en el significado que se otorga a esta categoría dentro de la sociología comprensiva. Asimismo, puso en claro el carácter histórico del patrón jurídico que encierra la propiedad privada y, también, demostró con argumentos convincentes el carácter expansivo del modelo y su extrapolación técnica a todo el espectro de las relaciones privadas. Kelsen consiguió una doble conquista: fue capaz de efectuar la depuración de la categoría del derecho subjetivo —al reutilizarla y convertirla en una pieza funcional para su teoría— y, simultáneamente, de revelar algunos de los secretos constructivos de la dogmática jurídica burguesa. En tanto ciencia del derecho, la *Teoría Pura* logró encontrar la estricta dimensión técnica de la noción del derecho subjetivo y, en tanto sociología involuntaria, perfiló la crítica de una de las categorías más importantes de la doctrina jurídica moderna. La argumentación kelseniana fue todavía más rotunda: dejó perfectamente sentado que el modelo de los derechos privados tiene un claro valor político. Por ser ejemplar la tesis es preferible su transcripción literal:

El carácter político de los derechos privados revélase de manera mucho más patente cuando se advierte que el otorgamiento de tales derechos a los individuos es la técnica jurídica específica del derecho civil, y que este último es la técnica jurídica específica del capitalismo privado, *que es, al mismo tiempo, un sistema político*.¹⁰²

Una ciencia jurídica con propósitos *realistas* no hubiera aventajado en nada la precisión de este enunciado. La caracterización de las relaciones entre el derecho, el mercado y el régimen político del Estado Moderno, es impecable. Este juego de conceptos corresponde a la fórmula ideológica que vincula Derecho Natural, Capitalismo y Democracia. No está lejos este aserto kelseniano del señalamiento que hace el marxismo del carácter de clase que contiene el derecho moderno. Tampoco se encuentra distante de la tesis weberiana, según la cual el modelo de dominación racional deviene en una técnica específica de control a través del arbitraje jurídico de las relaciones del mercado.¹⁰³

¹⁰² KELSEN, Hans, *Teoría general...*, *op. cit.* (2), p. 105.

¹⁰³ WEBER, Max, *op. cit.* (64), p. 533.

4.3. *El sujeto ensombrecido por la norma*

Otro impacto crítico contundente que se apunta la teoría kelseniana es el que dirigió contra la noción tradicional del sujeto de derecho. Al respecto, quizá lo más impresionante sea la condición de categoría prescindible que otorga al sujeto. No es la persona la que confiere sentido a la norma, sino esta última la que define conductas relevantes; la que impone obligaciones a cargo de los sujetos o la que faculta para generar o aplicar el derecho. El agente sólo cuenta en la medida en que su conducta se encuentra hipotéticamente descrita en el enunciado normativo, o en tanto su comportamiento es determinable por el sentido de una obligación prescrita por el derecho. El sujeto, así, es sólo ente de imputación, pero jamás una realidad distinta del derecho.¹⁰⁴ En esta tesis se opera una especie de venganza del predicado que subordina al sujeto y, también, un afianzamiento de la norma como *tipo ideal* de conducta.¹⁰⁵ Lo que resulta relevante esclarecer es si esta mistificación del sujeto, es realizada por Kelsen sólo como ejercicio teórico, o si efectivamente se produce así en el derecho moderno y, entonces, las propuestas kelsenianas devendrían descripción precisa de un proceso de idealización de la realidad, consustancial al fenómeno jurídico. Cualquiera que sea la respuesta, es un hecho que la dogmática jurídica tradicional no consignó la "normativización" del sujeto como un proceso visible; por el contrario, se concretó a afianzar la existencia extrajurídica de la persona y a sobreponer su condición moral al nivel contingente del derecho positivo.

También con respecto al sujeto, el señalamiento crítico de Kelsen fue certero. En la *Teoría Pura* se asienta que la prioridad otorgada al sujeto jurídico por parte de la doctrina jurídica tradicional tiene signo ideológico. En este caso la parte de la realidad que se obnubila es la falta de confianza que existe en el derecho positivo, por la accidentalidad de sus normas. La perennidad de las normas vigentes es una aspiración desproporcionada. El derecho cambia con las circunstancias, debe adecuarse a los derroteros concretos de la vida de relación, a riesgo de perder la eficacia y de aislarse de la experiencia social. Sin embargo, los intereses burgueses no se conforman con el carácter efímero de las normas que los garantizan; en consecuencia,

¹⁰⁴ KELSEN, Hans, *Teoría general...*, op. cit. (2), pp. 112-113, y *La teoría pura...*, op. cit. (17), pp. 178-179.

¹⁰⁵ KELSEN, Hans, *La teoría pura...*, op. cit. (17), p. 38.

los teóricos modernos se vieron compelidos a situar los atributos naturales de la persona —entre ellos, la propiedad— en un plano superior al derecho; en un ámbito donde la intangibilidad del interés protegido se impusiera a la fragilidad de las normas. Así, la persona —su razón— deviene lo *nouménico* y el derecho —su historicidad—, lo *fenoménico*.

Kelsen subrayó como ningún jurista la visión intencionada que sustenta la interconexión de las categorías modernas: libertad, voluntad y persona, con el interés concreto de la propiedad. De hecho, hizo visible el nexo ideológico que representa a los derechos patrimoniales como cauce práctico de la libertad, y al derecho, en consecuencia, como garantía exterior del interés privado. No es lógico pensar que Kelsen haya enarbolado su crítica con una inclinación anticapitalista; su cometido consistió más bien en desplazar la axiología burguesa como fundamento cognoscitivo del derecho moderno. La *Teoría Pura* se responsabilizó de proscribir los valores como cauces de cualquier explicación racional y, en cambio, propuso apoyar el conocimiento del derecho en su naturaleza prescriptiva y sistemática. La identificación de la especificidad técnica del derecho fue otorgada como salvoconducto para preservar la neutralidad y la certeza. Aun a costa de sus exclusivismos cognoscitivos, Kelsen esbozó un camino crítico que benefició indudablemente a la teoría social, al remover algunas de las capas dogmáticas e ideológicas acumuladas sobre las categorías jurídicas del derecho privado.¹⁰⁶

Desde el punto de vista teórico, la oferta kelseniana presentó un sujeto de derecho como personificación de la unidad de los derechos y obligaciones que corresponden a un determinado agente jurídico; con ello subrayó la interpelación abstracta que realizan los códigos racionalistas a sus destinatarios. Y aquí surge otra vez la cuestión que habíamos esbozado: acaso la subsunción del sujeto en la norma es un capricho cognoscitivo de la teoría kelseniana, o bien corresponde efectivamente al trato que proporciona el derecho moderno a los sujetos sociales. La respuesta parece más bien inclinarse hacia la segunda alternativa.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 81.

5. La juridización del Estado

5.1. El fenómeno del orden

La vida social fuerza a ser descrita como un orden de convivencia. No se explica la interacción en los grupos humanos sino en tanto fenómeno regulado. Kelsen, con esa avidez semántica que confiere a sus conceptos y a partir de la cual disuelve unos en otros, afirma que la sociedad es orden; aún más: orden regulado. En este sentido, su visión del proceso social es muy similar a la de Durkheim, quien también ubica los elementos normativos como los verdaderos nexos integradores de la vida en común.

En el pensamiento de Kelsen se produce una hipóstasis seriada que puede enunciarse así: los conceptos de comunidad, sociedad y Estado corresponden todos al sentido de la categoría de orden regulado; es decir, al derecho. Todo fenómeno social se disuelve en el ámbito pantanoso de lo jurídico. La *Teoría Pura* constituye un abuso gnoseológico de los datos normativos porque, so pretexto de reconocer las peculiaridades deónticas del derecho, termina por asimilar la realidad, atribuyendo un sentido jurídico a todas sus vertientes. Veamos algunos ejemplos: "comunidad es el orden normativo que regula el comportamiento de una multiplicidad de individuos";¹⁰⁷ "la sociedad es una convivencia ordenada o, más exactamente, es el orden de la convivencia de los individuos"¹⁰⁸ y, también, "El Estado, como comunidad jurídica, no es algo separado de su orden jurídico [...]. Un cierto número de individuos forma una comunidad únicamente en cuanto un orden normativo regula su conducta recíproca".¹⁰⁹ Los anteriores pasajes demuestran con claridad que, en la teoría kelseniana, la visión normativa de la realidad queda sobrepuesta a cualquier otro enfoque. En este sentido, aunque la *Teoría Pura* deviene en crítica de la doctrina jurídica tradicional, a fin de cuentas, culmina también en una visión dogmática que ofrece cauces de elaboración, por cuyos medios los hechos sociales sólo pueden ser reconducidos a la perspectiva del derecho. Con mucha claridad Jesús Ignacio Martínez descubre este tipo de proceso: "Los hechos con los que trabaja el derecho acaban por ser internos al mismo derecho, son hechos ya seleccionados,

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 161.

¹⁰⁸ KELSEN, Hans, "El derecho como técnica..." en *op. cit.* (81), p. 152.

¹⁰⁹ KELSEN, Hans, *Teoría general...*, *op. cit.* (2), p. 217.

filtrados y tratados por el derecho que, por tanto, forman parte de su mundo".¹¹⁰

Si se confiere otro enfoque al asunto expuesto y se observa la realidad social desde la perspectiva del orden, independientemente de las peculiaridades normativas del derecho, es el proceso de jerarquización y de asignación de funciones a los agentes sociales el que representa la referencia nuclear de la tesis kelseniana. La *Teoría Pura* exterioriza el fulgor de los datos jurídicos pero, al mismo tiempo, desarrolla un proceso de juridización de la realidad apoyada en una concepción sociológica del orden; así ésta se encuentre relativamente soterrada en el discurso de Kelsen. La médula semántica que concreta el concepto sociológico de orden garantiza que los pasajes de la *Teoría Pura* puedan transportarse fácilmente a la teoría social. Sin la contraseña que ofrece a Kelsen el presupuesto del orden, sus tesis estarían condenadas a volatilizarse —como sucede con la mayoría de las explicaciones jurídicas— antes de tocar el ámbito de la teoría social. Sin embargo, ensombrecido y todo, este rasgo realista del pensamiento kelseniano mantiene a la *Teoría Pura* dentro de un área permanente de interés y actualidad.

Lo específicamente jurídico del fenómeno del orden es el carácter coactivo que encierran las normas del derecho. Técnicamente la coacción consiste en ligar una sanción como consecuencia a una determinada conducta, como condición. Desde una perspectiva fáctica, estamos frente a una forma particular de ejercicio de la fuerza, mediante la cual la violencia se utiliza como recurso para la motivación de ciertos sentidos de conducta.¹¹¹ El meollo de la coacción es su vocación inductiva: la forma en que proyecta la conducta humana en una dirección previamente determinada por la comunidad a través de las leyes. Como técnica de control social, el derecho confiere estabilidad al orden; pero no sólo se dispara como directriz sobre la realidad social, sino que también regula su propia coherencia y su producción. Del orden interno del derecho —considerado como sistema— proceden sus aportaciones a la previsibilidad de la vida social. La consistencia intrasistemática deviene en factor de racionalización para la convivencia. La idea objetiva de lo debido es el verdadero parteaguas del derecho. Cualquier intento por subjetivizar el discurso jurídico debilita el criterio de validez que funge como articulador principal del carácter

¹¹⁰ MARTÍNEZ, Jesús I., *op. cit.* (27), p. 91.

¹¹¹ KELSEN, Hans, "El Derecho como técnica..." en *op. cit.* (81), pp. 158 a 161.

prescriptivo del derecho. Por eso, el orden normativo debe mantenerse a salvo de las directrices arbitrarias que emanan de los excesos subjetivos de los agentes sociales.

El orden jurídico es también una forma de positivizar y jerarquizar valores. Aunque para Kelsen, el proceso de valoración no es relevante técnicamente, no descuida el correcto esclarecimiento de la función axiológica en el orden normativo. Los valores que fija el derecho proceden de una voluntad prescriptiva de la comunidad que se expresa a través de los distintos actos de creación jurídica. En palabras de Kelsen, "La norma considerada objetivamente válida funciona como patrón valorativo del comportamiento fáctico";¹¹² como sistema de calificación de la conducta, redondearía Bobbio.¹¹³ La discriminación entre lo lícito y lo ilícito implica desplegar los valores positivizados por las normas para evaluar las conductas reales. La calificación, cuando se apoya en un medio coactivo, se convierte también en un factor de control. Así es justamente como el derecho deriva en técnica de encauzamiento dentro del marco de los lineamientos éticos y políticos, positivizados por las normas.

5.2. Sobre la Razón de Estado

Entre los tópicos más llamativos de la obra de Kelsen se cuenta, desde luego, el de la identificación del Estado con el derecho; o mejor dicho, el de su refundición en los derroteros normativos. Entre los aspectos de esta tesis interesa destacar puntualmente los siguientes argumentos:

Primero: En tanto orden coactivo, el derecho implica una determinada organización de la fuerza. El derecho moderno conlleva un proceso centralizador, en virtud del cual se focaliza el ejercicio de la violencia y se encauza según el sentido objetivo de las normas.¹¹⁴

Segundo: La naturaleza coactiva del derecho supone que la fuerza radica en el mismo carácter de la norma. No se trata de una realidad ajena al derecho: es violencia juridizada; es decir, sujeta a controles racionales.¹¹⁵

Tercero: El Estado es una organización política que no difiere del orden jurídico. Los órganos del orden normativo desarrollan y aplican

¹¹² KELSEN, Hans, *La teoría pura...*, op. cit. (17), p. 30.

¹¹³ BOBBIO, Norberto, *Contribución...*, op. cit. (7), p. 132.

¹¹⁴ KELSEN, Hans, *La teoría pura...*, op. cit. (17), pp. 49 y 50.

¹¹⁵ *Ibidem*, pp. 46 y 57.

el sistema. En algunas circunstancias, se trata de órganos especializados que operan de acuerdo a una determinada división de trabajo, pero en todo caso son núcleos reproductores que funcionan bajo la unidad y coherencia del sistema jurídico.¹¹⁶

Cuarto: Existe un aparato burocrático que encuadra a los funcionarios del Estado; es decir, a los operadores de la función de gobierno en sentido estricto. A este aparato se atribuye la representación de la comunidad y la personificación del orden jurídico. Resalta también la presencia de un órgano legislativo y de otro judicial; en ambos casos, la función especializada que desarrollan es de creación y aplicación del derecho. No hay en los tres tipos de órganos públicos alguna actividad que no corresponda a un rol jurídico; no se trata, por tanto, de brazos ejecutores del Estado; son en realidad centros nerviosos del orden jurídico, en el que radica el sentido del orden social.¹¹⁷ Según Kelsen —cabe recordar— el derecho es la sociedad, vista como fenómeno de coexistencia regulada.

Quinto: Lo que para la doctrina jurídica tradicional son formas de Estado, desde el punto de vista del orden jurídico resultan modos específicos de producción de normas.¹¹⁸ Así, la autocracia se caracteriza por cerrar cualquier tipo de integración plural a la "voluntad" estatal; en este caso, el contenido del orden jurídico es resuelto de manera vertical por quien detenta el gobierno. Por el contrario, una democracia consiste en el procedimiento permanente de construcción del consenso social para definir el sentido del orden legal.¹¹⁹

Uno de los aspectos peor resueltos en la teoría kelseniana es la relación entre Derecho y Poder. En el fondo de esta dicotomía radica otra, a la que tampoco Kelsen pudo conferir una respuesta satisfactoria; me refiero al vínculo que establece entre Validez y Eficacia. En las tesis kelsenianas el poder es simplemente la eficacia del derecho; no puede hablarse de "un poder detrás del derecho" porque ello llevaría a establecer la existencia de dos realidades distintas y, como Kelsen sentenció, "el dualismo de Derecho y Estado es una superstición animista".¹²⁰ Pero más allá del efecto retórico de dicha aserción, la verdad es que el autor de la *Teoría Pura* no logra esclarecer cómo

¹¹⁶ *Ibidem*, pp. 162-164.

¹¹⁷ *Ibidem*, pp. 299-303.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 285.

¹¹⁹ KELSEN, Hans, "El problema del parlamentarismo" en *Escritos sobre la democracia...*, op. cit. (72), p. 86.

¹²⁰ KELSEN, Hans, *La teoría pura...*, op. cit. (17), pp. 219-225.

un hecho —porque tal es la naturaleza de la fuerza— puede mantenerse en su explicación simplemente como una cualidad de las normas. Si el poder es lo que el derecho organiza, necesariamente entraña una realidad distinta, a no ser que, como Kelsen supone, al quedar regulado, diluya su naturaleza específica en el carácter coactivo de las normas. La incorporación del hecho de la fuerza a las explicaciones jurídicas genera ambigüedades en la *Teoría Pura* pero, por otra parte, esta integración furtiva proporciona al pensamiento kelseniano la conexión necesaria con la realidad. Según Kelsen, el interés de la teoría burguesa por mantener disociados Estado y Derecho obedece a un *desideratum* ideológico que consiste en mantener la posibilidad de justificar la existencia del Estado —en cuanto realidad política— desde la dimensión jurídica: el derecho se convierte en la justificación por excelencia del Estado.¹²¹ Lo condenable para Kelsen es el uso que pueda hacerse del derecho como discurso político, ya que la sobreponderación de sus elementos valorativos relativiza sus alcances técnicos. En todo caso, Kelsen reconoce que el Derecho tiene una naturaleza instrumental para los regímenes políticos; sin embargo, no es este tipo de función la que debe proporcionar las claves explicativas del fenómeno jurídico. Como se afirma hasta la saciedad en la *Teoría Pura*, el camino correcto para abordar el derecho es la perspectiva estructural y normativa.

5.3. *El Derecho es orden: ni público, ni privado*

La división del espacio social entre un ámbito público y otro privado, es una referencia principal para la cultura institucional del mundo moderno. La idea que anima la construcción del Estado de Derecho obedece, en buena medida, a la intención de mantener el espacio privado libre de injerencias públicas. Gran parte de los controles jurídicos existen precisamente para preservar la dimensión del individuo como una zona exclusiva. El Estado corporativo del Antiguo Régimen fue identificado como la antítesis de la cultura jurídica moderna: su presencia, desparramada sobre el conjunto social; su injerencia, imprevista e inhibitoria de los impulsos privados: todo fue objeto de condena implacable y, consecuentemente, de remedio cuidadoso a través de las instituciones jurídicas de inspiración liberal. Pero más allá del discurso, hay dos datos históricos que colaboraron a reforzar

¹²¹ *Ibidem*, pp. 289-291.

la imagen de la bipartición del espacio social: la especialización y la profesionalización de la función de gobierno, por una parte, y el surgimiento del mercado como verdadero codificador de las experiencias privadas, por la otra. No obstante la aparente claridad de la escisión entre lo público y lo privado, se han producido esfuerzos críticos dentro de la teoría social que insisten en mantener los procesos sociales en una línea de continuidad. Si las explicaciones aceptan acríticamente el corte, se arriesgan a perder el sentido unitario del proceso de construcción de orden. Según este punto de vista, pese a su imagen bipartida, la vida social conserva una coherencia unitaria que la teoría debe encargarse de mostrar.

Kelsen arremete contra la doctrina tradicional que asimila y fomenta la división del derecho entre lo público y lo privado. Señala con mucha agudeza que la consideración del derecho público, como un ámbito de normas relativamente más laxas que las del derecho privado, tiene como intención liberar en alguna medida el ejercicio discrecional de los órganos públicos constituidos. La función ideológica de esta dicotomía estriba, justamente, en permitir el flujo político del interés del Estado por encima de los controles jurídicos estrictos.¹²²

Si se ubican correctamente las cosas, la división de los ámbitos del derecho no tiene relevancia, su existencia obedece a un tenor metajurídico porque técnicamente se trata sólo de formas de producción normativa. El espacio privado se encuentra denominado por la lógica del negocio contractual; el espacio público responde al perfil vertical de la ley de los órdenes administrativos o judiciales. Bien comprendida, esta cuestión lleva a afirmar que el orden jurídico se auto-produce en una forma escalonada que va de la constitución a las normas individuales; en ese proceso, cualquier sujeto al que una norma válida de alcance general capacita para emitir una norma individual, deviene en órgano del sistema jurídico. A pesar de que la división del trabajo especifica la función de gobierno y coloca a los miembros de su cuadro administrativo como funcionarios, a los miembros del Congreso como legisladores y, finalmente, a los integrantes del Poder Judicial como jueces, la función de todos estos sujetos no varía sustancialmente de la que realizan los agentes privados cuando actúan en la creación o en la aplicación de las normas individuales. Tanto unos como otros son órganos del orden jurídico.¹²³

¹²² *Ibidem*, pp. 287-289.

¹²³ *Ibidem*, pp. 232-234 y 161-168.

Presentar el proceso de construcción de orden de una sociedad sin fracturar los espacios de acción de sus agentes, permite una visión acorde con las teorías sociológicas del control social y acaba, de una vez, con el mito de una acción individual desgravada del interés general. Kelsen, al enfrentar críticamente la dicotomía público-privado, dio un paso decisivo para explicar la artificialidad del derecho, patente en la escisión de los principios jurídicos que se aplican a cada uno de los espacios sociales divididos. Contrariamente a lo que propone la doctrina tradicional, Kelsen no reconoce en el derecho una función exclusiva de autocontención de los poderes constituidos al ámbito de los espacios públicos; su intención, en cambio, se dirige a demostrar que el orden social es unitario y que se manifiesta sin cortes desde las referencias más abstractas que se expresan en las instituciones sociales, hasta las circunstancias peculiares que se presentan en la cotidianidad de la vida en común. Así, la división social del trabajo sólo tiene un efecto relativo en las funciones de producción y aplicación del derecho, ya que éstas pueden corresponder a los sujetos no comprometidos con los poderes públicos. Es el orden jurídico el que ubica la forma de participación de los órganos del derecho en su autoproducción, y no los sujetos sociales los que determinan la generación de las normas.

Una omisión en la *Teoría Pura* que no puede escapar al análisis es la que se evidencia cuando recordamos que no existe una tesis compensatoria que explique cómo la creación descentralizada de normas jurídicas supone también una determinada distribución del poder entre los agentes sociales productores. Kelsen pudo haber llegado a esta conclusión a través de la *poliarquía*, tal como fue propuesta recientemente por Robert Dahl.¹²⁴ Ello hubiera implicado un abandono inexorable de la sociología weberiana, por lo que toca a la tesis del "monopolio legítimo de la violencia" que radica invariablemente en el Estado.¹²⁵ Pero este punto de vista es, obviamente, una mera especulación.

¹²⁴ DAHL, Robert, *La poliarquía. Participación y oposición* (trad. Julia Moreno), Madrid, Ed. Tecnos, 1990, pp. 41-45.

¹²⁵ WEBER, Max, *op. cit.* (64), pp. 1056-1060.

5.4. *El Pragmatismo de la norma básica*

Son muy conocidos los argumentos kelsenianos sobre la norma fundante para ocuparnos de ellos con detalle. Sólo como referencia conviene tener en cuenta los siguientes razonamientos:

Primero: Si se concibe al derecho sólo como un sistema de normas, el fundamento de validez del orden jurídico tiene que situarse también en una norma. En virtud de que una cadena de remisiones jerárquicas conduce siempre a la Constitución, debe suponerse que en el fundamento de ésta existe una hipótesis básica o norma fundante, a partir de la cual el orden jurídico apoya su validez.¹²⁶

Segundo: La norma fundante no tiene contenido arbitrario; se refiere específicamente a la Constitución histórica que soporta.¹²⁷ La norma fundante regula el hecho instaurador del derecho; es decir, atribuye la presunción favorable a la Carta Constitucional de que sus artículos fueron promulgados de conformidad con una norma válida y emitidos por una autoridad debidamente facultada.

Tercero: La norma fundante aporta cohesión al orden jurídico, pues supone la pertenencia de las normas a un sistema unitario. La unidad del derecho, por otra parte, no se refiere a una secuencia de contenidos semánticos concordantes, sino a un modo específico de producción normativa. La norma básica no positiviza valores, sino que confiere legitimidad a los cauces de autoproducción del sistema jurídico.¹²⁸

Al no ser una norma impuesta y al tratarse de un supuesto lógico-transcendental, la hipótesis básica parecería tomar su lugar muy lejos de los hechos; sin embargo, su existencia no soporta sólo la coherencia sistemática del orden normativo, sino también la validez de los hechos productores; es decir, la legitimidad de los órganos que actúan en el proceso de creación y de aplicación del derecho. Queda claro que la norma fundante no alberga valores; resulta igualmente obvio que se trata de un mecanismo conceptual que precisa fincar la legitimidad de cualquier poder constituido, cuyo producto mediato sea un orden jurídico. Con la tesis de la norma fundante no se persigue atribuir virtudes morales a los gobiernos existentes, sino simplemente señalar que su legitimidad es un presupuesto necesario para explicar la eficacia del derecho, y ésta, a su vez, una condición del criterio de vali-

¹²⁶ KELSEN, Hans, *La teoría pura...*, *op. cit.* (17), p. 201.

¹²⁷ *Ibidem*, pp. 208 a 210.

¹²⁸ *Ibidem*, pp. 205 y 206.

dez normativa. En la medida en que la eficacia se trasmina hacia la validez, la norma fundante transcurre hacia la legitimación del poder, aunque el flujo ocurra en un sentido contrario. Fuera de la *Teoría Pura*, Kelsen reconoció que la Constitución en sentido positivo es también impacto de fuerzas políticas. Cuando la norma fundante apoya la validez de la Constitución legítima también su forma de creación; incluido el pacto de fuerzas que la da origen.¹²⁹

Lo destacable de la tesis kelseniana sobre la hipótesis básica es haber acreditado que cualquier orden jurídico requiere de un sustento lógico que no pueden aportar las normas positivas. Llámese Dios, Razón, Naturaleza, Fuerza o Norma fundante, la función legitimadora de la categoría básica es la misma. La opción kelseniana consistió simplemente en imaginar su fantasía dentro del mismo derecho.¹³⁰

Como en otros tópicos, en éste de la norma fundante básica, la *Teoría Pura* es reconducible a la sociología; no linealmente, claro, pero sí es posible establecer una conexión entre los aspectos de coherencia y de unidad del orden jurídico con las necesidades de legitimidad de un determinado régimen político. Kelsen no se preservó de que sus detractores hayan usado la tesis de la norma fundante básica para señalar que, en teoría, el establecimiento de esta tesis pudiera resultar funcional para la justificación de cualquier desaguisado político; sin embargo, no es el autor de la *Teoría Pura* quien ofrece justificaciones a los regímenes políticos, sino éstos los que invariablemente buscan las condiciones de legitimidad para estabilizar su hegemonía. Todo el proceso moderno de legitimación apunta hacia los procesos de tipo jurídico; Kelsen lo único que hizo fue constatar esta tendencia, sólo que su explicación fue de la norma a la exterioridad política y no al contrario, como es usual en la teoría sociológica.

CONSIDERACIÓN FINAL

En un intento de sintetizar, se puede decir que la teoría jurídica tiene muy escasas posibilidades expansivas cuando se proyecta fuera del margen de la dogmática. El sentido predominantemente utilitario de la práctica profesional del derecho es un escollo grande para la investigación independiente. Dicho en otros términos, la teoría no dogmática es una necesidad poco frecuente en los ambientes jurídicos. No obs-

¹²⁹ KELSEN, Hans, "La garantía jurisdiccional..." en *op. cit.* (76), p. 115.

¹³⁰ KELSEN, Hans, *La teoría pura...*, *op. cit.* (17), pp. 201-202 y 230-232.

tante los límites indicados, existen esfuerzos críticos que en ocasiones desestabilizan los fundamentos dogmáticos. Sin embargo, estos intentos se realizan con empréstitos —conscientes o inconscientes— de otros campos teóricos, ajenos al derecho. Una reflexión no dogmática fácilmente deriva a la filosofía, a la sociología o a la ciencia política porque implica movimiento en el objeto de estudio. A pesar de que la realidad del derecho pueda ser la misma, los ángulos a resaltar varían. El derecho, como fenómeno social, interesa poco a la dogmática. La especialidad jurídica capacita para invertir el orden gnoseológico: propone a la realidad como producto de la norma y no al derecho como resultado de la acción social. El manejo técnico de los procesos jurídicos transcurre a nivel de una especie de "verdad formal", como afirman los procesalistas con una sinceridad rayana en la crudeza. Al menos, desde el punto de vista de la teoría social, el conocimiento no formal del derecho adquiere visos necesarios. Ojalá en los ambientes jurídicos se produzca la apertura necesaria para intentar una reflexión crítica de los distintos campos normativos. La credibilidad institucional depende de que los espacios jurídicos se ofrezcan como zonas tangibles al análisis realista.

El recorrido por algunos temas kelsenianos quiso ejemplificar cómo, incluso en el caso de un "jurista *puro*", la importación de elementos analíticos tuvo una importancia determinante en la fuerza de las explicaciones. Sin embargo, todos los datos realistas del pensamiento kelseniano son atributos vergonzantes para su autor. Queda claro que, cuando Kelsen tuvo que optar entre la coherencia formal de su sistema y la realidad de los fenómenos normativos, se decidió siempre por lo primero. Sin embargo, una lectura indiscreta de sus presupuestos sociológicos reverdece el valor gnoseológico de sus ideas en el plano de la teoría social. Ojalá esta forma de violentar los argumentos kelsenianos se convierta en un pretexto que conduzca a intensificar la polémica por el valor de la teoría en el campo jurídico.