

«PRINCIPALES FUNDAMENTOS EPISTEMOLÓGICOS Y METODOLÓGICOS DEL PENSAMIENTO DE KELSEN»

Odar Monzon Pedroso

Abogado, egresado de la UNMSM.

SUMARIO:

1.- La pureza metódica	393
2.- El método trascendental	398
3.- El ser y el deber ser	402
3.1. La norma y el ser y el deber ser	406
4.- La norma fundamental	413

1.- LA PUREZA METÓDICA

La teoría kelseniana otorga gran importancia al aspecto metodológico. Kelsen consideraba que la falta de rigurosidad metodológica de la Ciencia Jurídica era la principal razón por la cual se afirmaba que ésta no era una *verdadera* ciencia. Además, Kelsen pensaba que la falta de un esquema metodológico definido llevaba a la Ciencia Jurídica a caer en un sincretismo metódico, es decir, a una mezcla y confusión de métodos diversos. De aquí que fuera «normal» observar —dice Kelsen— que dentro de la Ciencia Jurídica se hiciera uso de los más distintos métodos, esto es, que se usaba indistintamente el método causal, el método teleológico o el método normativo; es decir, el caos metodológico reinaba dentro de la Ciencia Jurídica.

Asimismo, Kelsen creía que la falta de rigurosidad metodológica de la Ciencia Jurídica hacía que ésta no pudiera determinar con exactitud su objeto de conocimiento, pues nadie podía señalar con seguridad cuál era (entre la norma, la conducta o el valor) el objeto de conocimiento de la Ciencia Jurídica. Es por esto, es decir, por la mezcla y confusión de métodos, sumada a la falta

de certeza en la determinación de su objeto de estudio, que el jurista austríaco señalaba que la Ciencia Jurídica invadía con frecuencia territorios pertenecientes a otras disciplinas científicas como «... la Psicología y la Biología, (...) la Ética y la Teología.»¹.

Por ello, para evitar todos estos errores de carácter metodológico, propone su llamada *pureza metódica*, la cual consiste en «... el principio lógico o epistemológico de la evitación de cualquier sincretismo metódico.»² Kelsen considera, pues, que con la pureza metódica se evita caer en el llamado sincretismo metódico. Y esto se consigue porque la pureza metódica implica utilizar *un solo* método para estudiar al objeto de conocimiento. De esta manera, se evita caer en la mezcla de métodos, pero al mismo tiempo se evita caer en la confusión y mezcla de los objetos de conocimiento de las diversas ciencias, pues en la concepción kelseniana el método y el objeto son inseparables el uno del otro, claro está que la preponderancia recae en el método, ya que éste es, según Kelsen, el que «crea» al objeto (véase 2.).

Quiere decir que con la pureza metódica se consigue no sólo evitar la mezcla de métodos, sino también se evita la mezcla y confusión de objetos de conocimiento, pues si se utiliza un solo método, entonces el objeto de conocimiento también será *solamente uno*. Sin embargo, con la pureza metódica Kelsen buscaba sobre todo y principalmente «... librar a la Ciencia Jurídica de todos los elementos extraños.»³. Es decir, quería que la Ciencia Jurídica se ocupara de estudiar *únicamente* al Derecho, dejando de lado todo aquello que no pudiera considerarse como tal.

Tanta era la importancia que le daba Kelsen a su pureza metódica que creía que con ella había logrado dar a la Ciencia del Derecho el *máximo* rigor científico y, aunque no compartimos totalmente esta afirmación, lo cierto es que sí consigue darle a la Ciencia Jurídica una base mucho más sólida y segura que la que tenía hasta entonces; en todo caso, si hay algo que todos le reconocen a Kelsen, es el de haber sido el primero en plantear con seriedad el problema del método dentro de la Ciencia Jurídica.

¹ KELSEN, Hans, *La Teoría Pura del Derecho*, (Traducción de la 1ra edición alemana de 1934), Buenos Aires, Losada, 1946, pág. 26.

² KELSEN, Hans, «Teoría Pura del Derecho y Teoría Ecológica», *La Ley*, Buenos Aires, Octubre- Noviembre de 1953, T. 72, pág. 751.

³ KELSEN, Hans, *La Teoría Pura del Derecho*, (Traducción de la 1ra edición alemana de 1934), pág. 25.

Además, Kelsen cree que la pureza metódica le permite a la Ciencia Jurídica no solamente tener un orden metodológico, sino también le da un objeto de conocimiento preciso y determinado con el cual puede *distinguirse* de las otras disciplinas científicas. Esto es muy importante para Kelsen, pues consideraba que toda disciplina que se prestara de ser científica tenía que señalar claramente sus fronteras, y esto solamente se podía lograr, según el jurista austríaco, teniendo un método y un objeto *claramente* determinados. Kelsen, pues, cree que con la pureza metódica se consigue todo esto.

Ahora bien, hemos señalado que la pureza metódica significa utilizar un solo método para estudiar al Derecho; este método es el *método normativo* (véase 2.). Como su mismo nombre lo indica, el método normativo sólo estudia el aspecto normativo del Derecho, y el aspecto normativo del Derecho es la norma jurídica. Esto significa que Kelsen considera que la norma jurídica es el único objeto que debe estudiar la Ciencia Jurídica. Pero esto no quiere decir que él piense que el Derecho (en su sentido total) sea sólo norma, sino simplemente que considera que la norma jurídica es el elemento más importante del Derecho. Es en este sentido como se le debe entender cuando dice que «... el Derecho, único objeto del conocimiento jurídico, es norma...»⁴. Aquí Kelsen quiere decir que el Derecho, en su sentido *epistemológico* o parcial, es sólo norma jurídica; es decir, que solamente en un sentido *epistemológico* es que considera al Derecho como norma, puesto que, como lo demostramos más adelante, para Kelsen el Derecho, en su sentido *total*, está formado no sólo por la norma jurídica sino también por la conducta y el valor (véase 2.).

Como vemos, Kelsen maneja dos conceptos diferentes del Derecho: el Derecho como parcialidad (concepto epistemológico) y el Derecho como totalidad (concepto amplio). Según el primer concepto, el Derecho es sólo norma jurídica; en cambio, según el segundo concepto, el Derecho es norma, conducta y valor; por lo tanto, hay que tener presente estos dos conceptos del Derecho, pues ello nos permitirá entender de manera más correcta el pensamiento kelseniano. En todo caso, queda claro que Kelsen considera que la norma jurídica es el *único* objeto de conocimiento de la Ciencia Jurídica.

Pero Kelsen no sólo reduce el Derecho, epistemológicamente hablando, a la norma jurídica, sino que incluso llega a considerar que ningún contenido

⁴ KELSEN, Hans, La Teoría Pura del Derecho, (Traducción de la 1ra edición alemana de 1934), pág. 32.

particular del Derecho o de la norma jurídica es indispensable en éstas; es decir, que ni el Derecho ni la norma jurídica se identifican con alguna conducta o con algún valor en particular; de ahí que sostenga que el Derecho como totalidad jurídica, al igual que la norma jurídica, puede tener cualquier contenido posible o, lo que es lo mismo, que tanto el Derecho en sentido amplio o total (norma, conducta y valor) como el Derecho en sentido epistemológico o parcial (sólo norma), pueden tener cualquier contenido posible.

Por eso afirma que ningún contenido particular es esencial al Derecho como totalidad o como parcialidad, sino que lo esencial es su *forma*, pues cree que la forma es el aspecto invariable del Derecho y de las normas jurídicas, es decir, que es lo permanente e inmutable en ellas; en cambio, considera que el contenido del Derecho como totalidad o de las normas jurídicas, es variable y mudable, es decir, que es diferente en cada época y en cada pueblo. Por eso exige que la norma jurídica, en tanto objeto de la Ciencia del Derecho, debe estudiarse sin llegar a identificarla con un contenido en particular. De aquí que sea contrario a la tesis *jusnaturalista* que afirma que existe un Derecho *natural* que es eterno, inmutable y absoluto, es decir, un Derecho con validez para todo tiempo y lugar. Y es que para Kelsen el Derecho, tanto en su sentido total como en su sentido parcial, sólo tiene una validez relativa, variable y mudable, esto es, que cambia constantemente de contenido. En conclusión, Kelsen no está en contra de que otras disciplinas científicas estudien la conducta y el valor (véase 2.), sino que lo que no tolera es que se quiera identificar el contenido de las normas jurídicas con un contenido determinado, pues considera que el valor y la conducta, en tanto contenido del Derecho y de las normas jurídicas, cambian a través del tiempo y el espacio; no siendo, por tanto, aspectos esenciales de la norma jurídica y del Derecho.

Por otro lado, para Kelsen la *forma* del Derecho, entendido éste como fenómeno jurídico total, son las normas jurídicas. Por eso, cuando señala que la Ciencia Jurídica debe estudiar *únicamente* la forma del Derecho, es lo mismo que si dijera que la Ciencia Jurídica debe estudiar únicamente a las normas jurídicas. Esto es consecuencia no sólo de sus tesis metodológicas, sino también de su concepción de la Ciencia Jurídica, pues considera que la Ciencia Jurídica tiene un carácter similar al de la ciencia geométrica, que ambas son ciencias *formales*.

Estas ciencias, según Kelsen, solamente estudian la forma de su objeto sin tomar en cuenta para nada el contenido; por eso dirá que «Fijándonos en su carácter formal, podríamos muy bien llamar a la jurisprudencia (...) una especie

de geometría del fenómeno jurídico total.»⁵. Como vemos, para nuestro autor la Ciencia Jurídica tiene un carácter formal; esto significa que la Ciencia Jurídica estudiará únicamente la forma del Derecho como totalidad, que solamente estudiará la norma jurídica; por eso señala que «... la jurisprudencia viene llamada a captar la *forma*, pero solamente la forma de los fenómenos jurídicos...»⁶.

Kelsen considera, pues, que pedir que la Ciencia Jurídica se ocupe de estudiar el contenido del Derecho o, lo que es lo mismo, pedir que se ocupe de estudiar la conducta y el valor, presentes siempre en el Derecho como totalidad, demostraría «... un total desconocimiento de lo que es la esencia misma de la jurisprudencia, a la que no incumbe, 'precisamente', captar la realidad del mundo del ser, 'explicar' la vida.»⁷. De aquí que haya rechazado siempre las críticas que se le hacía a su teoría jurídica, en el sentido de que no se ocupaba de aspectos *vitales* del Derecho o de la vida *real*, pues éste nunca fue el objetivo de su Teoría Pura del Derecho. Según Kelsen, tales críticas demuestran ignorancia respecto a su teoría jurídica; pero, sobre todo, demuestran un total desconocimiento del *carácter* de la Ciencia Jurídica, de su carácter *formal*.

Ahora bien, el hecho que Kelsen señale que su teoría jurídica solamente estudia la norma jurídica, significa que también la Ciencia Jurídica debe hacer lo mismo, pues no debemos olvidar que él identifica su teoría con la Ciencia Jurídica; es más, considera que su Teoría Pura del Derecho es la *verdadera* Ciencia del Derecho. Sobre la base de esto se cree autorizado a exigirle a la Ciencia Jurídica que se limite a estudiar solamente la norma jurídica sin tomar en cuenta el contenido del Derecho como totalidad, por lo que debe olvidarse de la conducta y el valor, ya que para Kelsen su estudio es una tarea que corresponde a otras disciplinas científicas. De esta manera, Kelsen reduce el ámbito de estudio de la Ciencia Jurídica. Sin embargo, cree que este es el precio que debe pagar la Ciencia Jurídica si es que quiere evitar el sincretismo metodológico y, sobre todo, si quiere ser una *verdadera* ciencia.

Sin embargo, pese a que Kelsen afirma que la Ciencia Jurídica solamente debe estudiar la norma jurídica, él es el primero en violar tal exigencia, pues la Teoría Pura del Derecho se ocupa también de la conducta. Es más, una de

⁵ KELSEN, Hans, Problemas Capitaless de la Teoría Jurídica del Estado, México, Porrúa, 1987, pág. 78.

⁶ Ibidem.

⁷ Ibidem.

sus tesis jurídicas más importantes señala que «... una norma cesa de ser válida cuando los individuos cuya *conducta* regula no la observan...»⁸. Esto significa que Kelsen termina ocupándose y dándole gran importancia a un aspecto (la conducta) que no debería ser tomada en cuenta por la Ciencia Jurídica, pues a ésta, según señala el mismo Kelsen, *únicamente* debe interesarle la norma jurídica.

Como vemos, la tesis metodológica kelseniana (tesis neokantiana) que señala que la Ciencia Jurídica *solamente* debe estudiar la norma jurídica, no puede ser cumplida ni por el mismo Kelsen; lo cual es explicable, pues el Derecho, como totalidad, no se reduce a la norma jurídica, sino que también está formado por la conducta y el valor. De allí que nos parezca absurdo el que Kelsen quiera limitar el ámbito de estudio de la Ciencia Jurídica a la norma jurídica, pues ésta no es todo el Derecho, sino solamente una parte de él. Por eso, creemos que la Ciencia Jurídica debe estudiar al Derecho de manera total y completa, es decir, debe de tomar en cuenta todos sus elementos y todos sus aspectos.

Por otra parte, debemos tener en cuenta que cuando Kelsen habla de Derecho, se está refiriendo al Derecho positivo, esto es, al Derecho creado y aplicado por los hombres; puesto que para él éste es el único Derecho válido. Por eso, para evitar cualquier duda al respecto, dirá que su «... Teoría Pura del Derecho es una teoría del Derecho Positivo...»⁹. Esto significa que Kelsen considera que el llamado Derecho natural no es *verdadero* Derecho, pues, según él, el Derecho natural no atribuye la creación del Derecho al hombre sino a un ser metafísico. Además, Kelsen cree que el Derecho natural nunca será verdadero Derecho porque aquél tiene la pretensión de ser eterno, invariable y válido para todo tiempo y lugar, lo cual contradice totalmente su concepción del Derecho, pues el jurista austríaco considera que el Derecho no es eterno, sino variable, mutable y con validez temporal y espacial *relativa*.

2.- El Método Trascendental

La concepción neokantiana del método trascendental es también parte importante del esquema metodológico kelseniano. El método trascendental vie-

⁸ KELSEN, Hans, Teoría Pura del Derecho, (Traducción de la edición francesa de 1953), Buenos Aires, EUDEBA, 1982, pág. 36. La cursiva es nuestra.

⁹ KELSEN, Hans, La Teoría Pura del Derecho, (Traducción de la 1ra edición alemana de 1934), pág. 25.

ne a ser la concepción según la cual «... es la dirección del conocimiento la que determina el objeto del conocimiento...»¹⁰. Esto no significa otra cosa sino que el método crea, *epistemológicamente*, al objeto de conocimiento; por consiguiente, el carácter del objeto estará determinado, de manera esencial, por el carácter del método que se emplea. Esto significa que si empleamos un método sociológico el objeto tendrá un carácter sociológico, si empleamos un método teleológico el objeto tendrá un carácter teleológico y si empleamos un método normativo el objeto tendrá un carácter normativo, pues, como hemos mencionado, Kelsen considera que el objeto de conocimiento es «creado» por el método que se emplea. Quiere decir que el carácter del objeto está en correspondencia con el carácter del método utilizado; por consiguiente, con un método sociológico no se podrá crear ni estudiar a un objeto normativo, con un método teleológico no se podrá crear ni estudiar a un objeto normativo, con un método normativo tampoco se podrá crear ni estudiar a un objeto sociológico o teleológico, etc.

Por ello Kelsen afirmará que el método *siempre* determina el carácter del objeto; es decir, que el método no puede crear ni estudiar a un objeto con un carácter distinto al suyo. En concordancia con todo esto, Kelsen considerará que la norma jurídica, que según él es el único objeto de conocimiento de la Ciencia Jurídica, solamente puede ser «creada» y estudiada por un método: el método normativo. Esto significa que es imposible que la norma jurídica, en tanto objeto de conocimiento de la Ciencia del Derecho, pueda ser «creada» y estudiada por métodos distintos al método normativo, puesto que, como hemos visto, un objeto normativo *jamás* puede ser creado o estudiado por un método que no tenga el carácter normativo, ya que según la concepción epistemológica y metodológica kelseniana el método y el objeto tienen siempre el mismo carácter.

En este sentido, Kelsen será también consecuente con estos presupuestos metodológicos cuando realice el estudio del Estado¹¹, pues señalará que éste, en tanto objeto normativo, solamente puede ser estudiado por el método normativo. Por esto Kelsen también rechazará toda posibilidad de que el Estado, en tanto Derecho, pueda ser estudiado utilizando métodos distintos al método normativo, por eso señalará que «... la Teoría Pura del Derecho, rechaza no sólo la causalidad, sino también la teleología como método de conocimiento del

¹⁰ KELSEN, Hans, Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado, pág. L.

¹¹ El Estado es un tema que analizaremos en otro trabajo.

Estado...»¹². Esto significa que Kelsen considera que el Estado es *solamente* norma jurídica, por lo menos desde el punto de vista *epistemológico*. Quiere decir que Kelsen estudia únicamente un aspecto del Estado: su forma (las normas jurídicas). Y es que, como hemos señalado, el jurista austríaco utiliza con el Estado los mismos principios metodológicos que emplea para estudiar al Derecho como fenómeno jurídico total (la pureza metódica, el método trascendental, el dualismo del ser y el deber ser, etc.). Por eso no sorprende que afirme que para evitar que en el estudio del Estado se pueda incurrir en un sincretismo metodológico había que «... realizar completamente el postulado de la pureza metódica...»¹³. Además, la utilización de los mismos presupuestos metodológicos y epistemológicos para estudiar tanto al Derecho como al Estado, será la principal razón por la cual Kelsen concluirá que el Estado es idéntico al Derecho o, lo que es más exacto, que el Estado, epistemológicamente hablando, es idéntico a la norma jurídica (Derecho en sentido epistemológico o parcial).

Por consiguiente, lo que queda claro es que Kelsen considera que el método normativo es el *único* método con el que se puede estudiar a la norma jurídica. Esta consideración kelseniana se refiere únicamente al Derecho como parcialidad, pero no al Derecho como totalidad; es decir, se refiere al Derecho en tanto norma jurídica, pero no al Derecho en tanto norma, conducta y valor, ya que para Kelsen el Derecho como *totalidad* sí puede ser estudiado con otros métodos. Y esto es así porque él cree que el Derecho como totalidad no sólo es norma jurídica, sino también conducta y valor; es decir, como existen varios objetos, entonces Kelsen concluye que es lógico que también existan varios métodos con los cuales se estudie a los diversos objetos existentes. Esto significa que el Derecho como totalidad, será estudiado por el método normativo, causal y teleológico, respectivamente. Quiere decir que, epistemológicamente, el método normativo crea la norma jurídica, el método causal la conducta y el método teleológico el valor. Con esto queda claro que cuando Kelsen afirma que el Derecho *solamente* puede ser estudiado con el método normativo, se está refiriendo únicamente al Derecho en su sentido parcial o, lo que es lo mismo, se está refiriendo al Derecho en tanto norma jurídica, es decir, no se refiere al Derecho como totalidad, pues él considera que el Derecho como *totalidad* está formado por la norma, la conducta y el valor; por tanto, Kelsen considerará que el Derecho (en su sentido total) sí puede ser estudiado con otros métodos y no sólo por el método normativo. Por eso dice que el método

¹² KELSEN, Hans, *El Estado Como Integración*, Madrid, TECNOS, 1997, pág. 10.

¹³ *Ibidem*.

de la jurisprudencia adverso a la construcción teleológica arranca de la premisa de que la ciencia del derecho sólo tiene que tomar en consideración la *forma* de un fenómeno, dejando que la sociología y las disciplinas histórico-políticas se ocupen de su contenido; de un fenómeno que, en su totalidad, puede ser calificado, no obstante, como «derecho», siempre y cuando no perdamos de vista que a la ciencia del «derecho», con sus medios específicos de conocimiento, sólo le es dable enfocar uno de los lados de este fenómeno «jurídico»¹⁴.

Como vemos, aquí Kelsen afirma que el Derecho como totalidad, esto es, en su forma y en su contenido o, lo que es lo mismo, el Derecho en tanto norma, conducta y valor, sí puede ser estudiado por diversas ciencias. Esto significará que también el Derecho como totalidad puede ser estudiado con diversos métodos, pues, según Kelsen, cada ciencia tiene *su propio* método; es decir, que si el Derecho como fenómeno total puede ser estudiado por la sociología y por las diversas ciencias histórico-políticas, entonces el Derecho como fenómeno total también puede ser estudiado con los diversos métodos de esas disciplinas científicas.

Se equivocan, pues, algunos estudiosos de la obra kelseniana que señalan, de manera simplista, que para Kelsen el Derecho *solamente* puede ser estudiado por la Ciencia Jurídica y que, además, afirman que Kelsen considera que el Derecho *únicamente* puede ser abordado con el método normativo; esto, como hemos visto, no es exacto, pues tales críticos olvidan o no saben que en Kelsen existen dos conceptos diferentes del Derecho: el Derecho como totalidad (norma, conducta y valor) y el Derecho como parcialidad (solamente norma jurídica). Es verdad que cuando Kelsen se refiere al Derecho como parcialidad, es decir, al Derecho en tanto norma jurídica, considera que el Derecho *solamente* puede ser estudiado por *una* disciplina científica y su respectivo método: la Ciencia Jurídica y el método normativo. Sin embargo, cuando se refiere al Derecho como totalidad, esto es, al Derecho en tanto norma, conducta y valor, Kelsen cree que el Derecho sí puede ser estudiado por varias disciplinas científicas y por sus respectivos métodos. El error de tales críticos radica, entonces, en que no toman en cuenta, o ignoran, que en Kelsen existen dos conceptos diferentes del Derecho. Esto los lleva a caer en el error de creer que Kelsen niega que el Derecho pueda ser estudiado por diversas ciencias, o

¹⁴ KELSEN, Hans, Problemas Capitaes de la Teoría Jurídica del Estado, pág. 78. La cursiva es nuestra.

que él niega el pluralismo metodológico para el estudio del Derecho (en su sentido total), lo cual como hemos visto no es cierto. Además, los autores que hacen estas afirmaciones no especifican si se refieren al Derecho como parcialidad o al Derecho como totalidad, lo cual demuestra una falta de rigurosidad expositiva –ya que no una total ignorancia– respecto a este punto *fundamental* de la teoría kelseniana.

3.- El Ser y el Deber Ser

Kelsen divide a las disciplinas científicas en ciencias del ser y ciencias del deber ser. Según él, son ciencias del ser la Psicología, la Biología, la Física, entre otras; y, como ciencias del deber ser, considera a la Gramática, la Ética y el Derecho. Además, Kelsen cree que una de las diferencias entre las ciencias del ser y las ciencias del deber ser radica en el divergente ámbito de existencia de sus respectivos objetos de conocimiento, esto es, que los objetos de conocimiento de las ciencias del ser y las ciencias del deber ser se diferencian en que los primeros pertenecen a la realidad empírica y los segundos pertenecen a la realidad ideal.

Pero Kelsen no sólo diferencia entre ambos tipos de ciencias o ambos tipos de objetos, sino que también hace un análisis y una comparación entre el ser y el deber ser. Al respecto señala: *«El ser y el deber ser son las más generales determinaciones del pensamiento, 'en las que encuadramos todo lo que se halla en nosotros mismos y fuera de nosotros'»*¹⁵. Esto significa que Kelsen considera al ser y al deber ser como instrumentos conceptuales que sirven para clasificar, de manera general, todo lo que el pensamiento es capaz de abarcar. Además, Kelsen señala que el *«Ser y deber ser son conceptos puramente formales, dos formas o modos (...) que pueden adoptar cualquier contenido que se desee, pero que tienen que tener un contenido para poseer sentido. Es un algo que es, un algo que debe ser.»*¹⁶. Vemos, pues, que nuestro autor afirma que el ser y el deber ser son, esencialmente, conceptos formales, formas, a los cuales se les pueden dar los más distintos contenidos, pues como formas que son no se identifican con un contenido en particular. Además, Kelsen nos dice que tanto el ser como el deber ser si no tienen un contenido, entonces no significan nada. Ahora bien, cuando Kelsen

¹⁵ KELSEN, Hans, Problemas Capitaes de la Teoría Jurídica del Estado, pág. 7.

¹⁶ KELSEN, Hans, Teoría General de las Normas, México, Trillas, 1994, pág. 70. Las cursivas son nuestras.

señala que el ser y el deber ser deben de tener un *contenido*, se está refiriendo a un aspecto *material*; es decir, que ya no son *sólo* formas, sino formas con contenido. Esto significa que poseen un aspecto material; es decir, cuando Kelsen dice que el ser y el deber ser tienen contenido, significa que tienen un aspecto material. Esto quiere decir que hay un momento en el que el ser y el deber ser son *solamente* formas, pero también hay otro momento en el que el ser y el deber ser son formas con un contenido o, en otras palabras, hay un momento en que el ser y el deber ser tienen solamente un aspecto: un aspecto formal. Pero también hay otro momento en el que están formados por dos aspectos: un aspecto formal y un aspecto material. Esto significa que Kelsen concibe dos existencias diferentes del ser y el deber ser: la primera, en la que *solamente* son formas y, la segunda, en la que son formas con un contenido.

Cuando concibe al ser y al deber ser solamente como formas, éstos no tienen sentido, pero cuando concibe al ser y al deber ser como formas con contenido éstos sí poseen sentido. Nos preguntamos si en ambos casos el ser y el deber ser son los mismos. Creemos que no, pues en un caso son solamente formas sin sentido, en cambio, en el otro caso son formas con contenido y sí poseen sentido; sin embargo, no debemos de olvidar que en ambos casos tanto el ser como el deber ser mantienen su aspecto esencial, es decir, en ambos casos poseen el aspecto *formal*. En concordancia con esto, Kelsen considerará que el aspecto formal es el aspecto esencial del ser y el deber ser, ya que el contenido coyuntural o particular que puedan tener sirve solamente para darles sentido. Aunque tampoco debemos perder de vista que cuando el ser y el deber ser existen *sólo* como formas, su ámbito de existencia es distinta a cuando son formas con contenido; Kelsen cree que en el primer caso son parte del ámbito lógico formal, en cambio, considera que en el segundo caso son parte de la realidad. Quiere decir que en Kelsen el ser y el deber ser tienen dos clases de existencia: en una son *sólo* formas y existen en el ámbito lógico-formal; en cambio, en la otra son formas con contenidos y existen en el ámbito de la realidad.

Por otra parte, Kelsen dice que «Cuando afirmamos que una cosa *es* y cuando decimos que *debe ser*, sostenemos dos afirmaciones absolutamente distintas»¹⁷. Esto significa que el *ser* es algo que sucede, algo que *siempre* será; en cambio, el deber ser es algo que *deberá* suceder, algo que *debe* ocu-

¹⁷ KELSEN, Hans, Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado, pp. 6-7. Las cursivas son nuestras.

rrir. El ser es algo que ya es, algo que de todas maneras será; en cambio, el deber ser es una posibilidad de ser, pero también es una posibilidad de no ser; es decir, el ser siempre será, en cambio, el deber ser puede ser o puede no ser; en esto estriba la diferenciación kelseniana del ser y el deber ser. Además, Kelsen afirma que «*La distinción entre ser y deber ser no puede ser explicada más de cerca. Se encuentra inmediatamente dada a nuestra conciencia.*»¹⁸. Con esto nos quiere decir que los argumentos que nos ha dado para explicar la diferencia entre el ser y el deber ser son los únicos posibles, es decir, que no hay más explicaciones al respecto. Esto significa, además, que él considera que los argumentos que nos ha dado son captados, entendidos y aceptados fácilmente por nuestra conciencia. Ahora bien, esta afirmación se parece más a una petición de principio que a una explicación racionalmente aceptable, lo cual es algo que sorprende, pues si hay algo que caracteriza a Kelsen es precisamente la fundamentación científica y racional de sus afirmaciones.

Sin embargo, para Kelsen dar una definición del ser y el deber ser resulta una tarea imposible, pues «*El deber ser es, (...) al igual que el ser, una 'categoría original'.* Y si resulta imposible describir lo que es el ser, carecemos igualmente de una definición del deber ser.»¹⁹. Esto significa que con lo que nos ha dicho sobre el ser y el deber ser es con lo único con lo que podemos contar, pues ambos son *categorías originales* y, según él, las categorías originales no se pueden definir, sino que simplemente se las acepta. Para tener una idea a lo que se refiere Kelsen con lo de «categoría original» es bueno señalar como ejemplo el color amarillo, éste tampoco se puede definir sino que simplemente se le atribuye una determinada característica que le sirve para asociarlo a determinados objetos. Así es el ser y el deber ser, a ambos se le atribuye una característica que les sirve para clasificar todo lo que se «*halla en nosotros mismos y fuera de nosotros*».

Como hemos visto, en Kelsen hay dos clases de existencia del ser y el deber ser: la primera en tanto formas y la segunda en tanto formas con contenido. En el primer caso el ser y el deber ser son sólo *formas* que existen *única-mente* dentro del campo lógico formal. Aquí estamos hablando del ser y el deber ser como dos formas de pensamiento distintos, diferenciados y *separados* entre sí de manera total y absoluta, pues Kelsen considera que dentro del campo lógico no hay ninguna clase de relación entre el ser y el deber ser, por

¹⁸ KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, (Traducción de la 2da edición alemana de 1960), México, UNAM, 1983, pág. 19.

¹⁹ KELSEN, Hans, *Teoría General de las Normas*, Pág. 20.

eso señala que «*La contraposición que los separa tiene un carácter lógico-formal y, mientras nos mantengamos dentro de este terreno de lógica formal, podemos estar seguros de que no se tiende ningún puente entre esos dos campos, separados entre sí por un abismo profundo.*»²⁰. En coherencia con esto sostiene que «*... un deber ser concreto sólo puede desembocar lógicamente (...) en un deber ser; del mismo modo que el (...) ser conduce siempre, necesariamente, (...) a un ser.*»²¹. Sin embargo, Kelsen cree que cuando nos salimos del campo lógico formal e ingresamos al mundo material, es decir, cuando nos referimos al ser y el deber ser como formas con contenido, entonces sí es posible que exista alguna clase de relación entre ambos, por eso afirma que «*... si abandonamos este punto de vista puramente formal y planteamos el problema del contenido y el nacimiento de la norma, descubrimos entre el ser y el deber ser una serie de vínculos...*»²².

Esto significa que la condición para que exista relaciones entre el ser y el deber ser es salir del ámbito formal e ingresar al ámbito material. A este último es al que se refiere Kelsen cuando hace mención al contenido y al nacimiento de la *norma*, pues en el contenido de la norma ya están presentes, en cierta forma, la conducta y el valor, es decir, que hablar de *contenido* de la norma es referirse ya a la realidad; del mismo modo, al hablar del *nacimiento* de la norma es referirse directamente a la realidad. Quiere decir que para Kelsen el ser y el deber ser *solamente* pueden relacionarse entre sí cuando salen del ámbito lógico formal e ingresan al mundo *real*. Ahora bien, al hablar de relaciones entre el ser y el deber ser, nos estamos refiriendo al ser y al deber ser en tanto formas con contenido, es decir, nos referimos sólo a uno de los dos tipos de existencia del ser y el deber ser.

Asimismo, Kelsen señala que «*Es extraordinariamente significativo el que el problema del comienzo y el fin, del nacimiento y la destrucción del deber ser sólo puede contestarse desplazándose del mundo del deber al del ser, y a la inversa, que para dar una respuesta a los mismos problemas en relación con el ser, sea necesario pasar de éste al mundo del deber ser.*»²³. Aquí debemos suponer que Kelsen se refiere al ser y al deber

²⁰ KELSEN, Hans, Problemas Capitaes de la Teoría Jurídica del Estado, pág. 8.

²¹ Ibidem. La cursiva es nuestra.

²² KELSEN, Hans, Problemas Capitaes de la Teoría Jurídica del Estado, pág. 17. La cursiva es nuestra.

²³ KELSEN, Hans, Problemas Capitaes de la Teoría Jurídica del Estado, pág. 9.

ser en tanto formas con contenido, esto es, al ser y al deber ser existentes fuera del campo lógico formal, pues al decir que el ser se explica por el deber ser y que el deber ser se explica por el ser, está relacionando de alguna manera los mundos del ser y el deber ser, y esto es algo que solamente puede ocurrir si concebimos al ser y al deber ser fuera del ámbito lógico formal, pues, según Kelsen, en el ámbito lógico formal es imposible pasar del mundo del ser al mundo del deber ser y, del mismo modo, es imposible pasar del mundo del deber ser al mundo del ser, ya que en el ámbito lógico formal ambos mundos «... guardan entre sí la relación de un irreductible dualismo.»²⁴.

Esto significa que Kelsen considera que dentro del ámbito lógico formal el ser y el deber ser existen como mundos paralelos que no se tocan, ni se cruzan ni se relacionan el uno con el otro. De allí que cuando afirma que la norma (deber ser) puede ser creada o destruida por una conducta (ser), no se refiere al ser y al deber ser en tanto formas, sino al ser y el deber ser en tanto formas con contenido, pues solamente estas últimas pueden relacionarse en alguna forma o de alguna manera, y esto solamente es posible porque dicha existencia no se da ya en el ámbito lógico formal sino en el ámbito de la realidad.

Lo que acabamos de señalar es muy importante, por eso es necesario no olvidarlo, pues algunos autores acusan a Kelsen de inconsecuencia con su tesis de la separación total y absoluta entre el ser y el deber ser. Estos autores se equivocan, pues Kelsen nunca dijo que entre el ser y el deber ser había una separación total o absoluta; lo que él dijo es que había una separación total y absoluta entre el ser y el deber ser *en tanto formas* (neokantismo), es decir, *sólo* cuando existen dentro del campo lógico formal, pues fuera del ámbito lógico formal Kelsen considera que entre el ser y el deber ser, en tanto formas con un contenido, existe «una serie de vínculos» y de relaciones (positivismo).

3.1. La norma y el Ser y el Deber Ser

Como acabamos de ver, para Kelsen el ser y el deber ser son, *esencialmente*, dos categorías formales, dos formas o modos que no se identifican con un contenido determinado. Además, en referencia a las normas Kelsen dice que las «... reglas se convierten en normas tan pronto como son capaces (...) de estatuir un deber ser...»²⁵. Esto significa que el deber ser

²⁴ KELSEN, Hans, Teoría General de las Normas, pág. 75.

²⁵ KELSEN, Hans, Problemas Capitaes de la Teoría Jurídica del Estado, pág.26.

es un elemento *esencial* de la norma, pues ésta es tal *solamente* cuando es capaz de estatuir un deber ser. Además, esto significa que el deber ser es sólo un elemento de la norma, pero no es idéntica a ella; por consiguiente, cuando Kelsen utiliza, para referirse a la norma, la palabra deber ser, esto no significa que crea que ambos son idénticos, sino que hace uso del término deber ser sólo porque considera que el deber ser es la esencia de la norma.

Quiere decir que la norma «contiene» un deber ser; su finalidad es ordenar algo como debido; su función primaria y esencial es que *debe* obrarse según ella lo ordena, no que *se* obre de acuerdo con ella. Esto significa que lo ordenado en la norma es muy diferente a lo realizado según *lo que ordena* la norma; es decir, la conducta que realiza lo ordenado en la norma es diferente a lo ordenado en la norma. *Lo ordenado* en la norma es el deber ser; en cambio, *la conducta* que realiza lo ordenado en la norma es el ser. Uno y otro son dos cosas diferentes. Esto significa que cuando lo ordenado en la norma es realizado mediante la conducta, pasamos del ámbito del deber ser al ámbito del ser.

Al respecto Kelsen dice que «... *este determinado acto, ya ejecutado, no responde al deber ser; categoría en la que ya no puede entrar el acto, desde el momento en que se realiza.*»²⁶. Aquí hay que decir que cuando Kelsen señala que el deber ser (lo que ordena la norma) es distinto al acto que realiza lo ordenado en la norma, se refiere al deber ser en tanto contenido; es decir, que a pesar de que reconoce que la norma y el acto pertenecen a dos categorías distintas, esto no significa que niegue que entre la norma (deber ser en tanto forma con un contenido) y este acto (ser en tanto forma con un contenido) exista una cierta relación, pues él mismo ha dicho que cuando abandonamos el ámbito lógico formal, entonces sí hay relación entre el ser y el deber ser, y tanto la norma que ordena una conducta (deber ser) como el acto que realiza dicha conducta (ser) existen fuera del campo lógico formal. Por consiguiente, en este caso sí existen relaciones entre la norma y el acto que realiza lo ordenado en la norma.

Sin embargo, Kelsen, sobre todo en sus primeras obras, no distingue como es debido entre las dos clases de existencias del ser y el deber ser; de el que a veces señale que entre el ser y el deber ser sí existe relaciones y, en otras oportunidades, señale que entre el deber ser y el ser no existe ninguna clase

²⁶ KELSEN, Hans, Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado, pág. 14.

de relación, cayendo así en contradicción consigo mismo. Lo que sucede es que Kelsen, en sus inicios, no es muy conciente de las dos clases de existencia del ser y el deber ser; por eso es que no siempre pudo diferenciar correctamente los dos tipos de existencias del ser y el deber ser. De aquí que se equivoca cuando expresa que «... la norma no deja de serlo porque resulte ineficaz²⁷». Esto se debe a que no sabe diferenciar correctamente los dos tipos de existencia del ser y el deber ser. Esto lo lleva a afirmar que la *existencia* de la norma no es determinada para nada por la ineficacia. Y es que Kelsen cree, equivocadamente, que de esta forma es coherente con su tesis de la separación total y absoluta entre el ser y el deber ser, olvidando que él mismo había señalado que esta tesis *solamente* era válida dentro del campo lógico formal, que no es el caso de la ineficacia de la norma, pues esto no sucede dentro del ámbito lógico formal sino fuera de él; es decir, cuando Kelsen afirma que entre una norma (deber ser) y su ineficacia (ser) no hay ninguna clase de relación se debe, entre otras razones, a que considera sólo una forma de existencia del ser y deber ser (ser y deber ser en tanto formas) y se olvida que hay una segunda forma de existencia del ser y el deber ser (ser y deber ser en tanto formas con contenido), que él mismo había señalado, aunque quizás sin ser muy conciente de ello.

La primera clase de ser y deber ser existe dentro del campo lógico formal y la segunda clase de ser y deber ser existe fuera de él. Por consiguiente, si el contenido de la norma (deber ser) y la ineficacia de la misma (ser) existen fuera del campo lógico formal, entonces el ser y el deber ser presentes en ellos, pertenecen al segundo tipo de existencia del ser y deber ser, es decir, que en este caso el ser y el deber ser sí pueden relacionarse; lo cual significará que también la norma y la ineficacia son factibles de relacionarse y vincularse, pues el deber ser y el ser presentes en ellos pertenecen al segundo tipo de existencia (en la cual sí existen relaciones); es decir, son formas con un contenido cuya existencia se da fuera del campo lógico formal.

Posteriormente Kelsen cambiará de opinión y dirá que «*Para que un orden jurídico (...) sea válido es necesario que sea eficaz, es decir, que los hechos sean en cierta medida conformes a este orden.*»²⁸. Aquí Kelsen sí acepta que la eficacia determina la validez de las normas o, dicho de otro modo, sí acepta que la existencia de las normas *sólo* es posible si tienen un

²⁷ KELSEN, Hans, Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado, pp. 12-13.

²⁸ KELSEN, Hans, Teoría Pura del Derecho, (Traducción de la edición francesa de 1953), pág. 142.

determinado grado de eficacia. De esta manera, queda confirmado que ha variado su posición anterior, pues ahora sí acepta que el ser determina al deber ser. Por lo tanto, esto también quiere decir que reconoce que entre la existencia de la norma (deber ser) y la eficacia (ser) de la misma existe «una serie de vínculos».

Esta nueva postura de Kelsen, que modifica su anterior posición, es vista por los estudiosos de la obra kelseniana como una «gran contradicción» entre los resultados teórico-jurídicos de la Teoría Pura del Derecho y sus postulados epistemológicos y metodológicos. Sin embargo, nosotros creemos que los estudiosos de la obra kelseniana están equivocados, pues no toman en cuenta que en el pensamiento jurídico de Kelsen existen dos tipos o clases de ser y deber ser: el primero como formas y el segundo como formas con un contenido. En el primer caso, el ser y el deber ser existen dentro del campo lógico formal y en él no hay ninguna clase de relación entre el ser y el deber ser; en cambio, en el segundo caso, el ser y el deber ser existen fuera del campo lógico formal y en este caso sí existe relaciones entre el ser y el deber ser.

Por consiguiente, cuando Kelsen nos dice que entre el contenido de la norma y la eficacia sí hay vinculaciones, lo que él hace no es contradecir sus premisas epistemológicas ni metodológicas sino, por el contrario, lo que hace es ser coherente con una de estas premisas; es decir, que de esta forma es consecuente con la segunda clase de existencia del ser y el deber ser que él ha mencionado (ser y deber ser en tanto formas con contenido). En todo caso, en ningún momento entra en contradicción con el primer tipo de existencia del ser y el deber ser, pues para eso sería necesario que el contenido de las normas y la eficacia o ineficacia de las mismas tuviera lugar dentro del campo lógico formal, y eso es algo que no sucede, pues tanto el contenido de las normas como la eficacia o ineficacia de las mismas se da fuera del ámbito lógico formal. Quiere decir que acusar a Kelsen de caer en contradicción porque señala que entre la norma y la eficacia existen relaciones, es ignorar que en la teoría kelseniana existen dos clases o tipos de ser y deber ser, y no uno como cree la gran mayoría de estudiosos de la obra kelseniana.

Ahora bien, cuando Kelsen sostiene que la eficacia (ser) determina la validez de la norma (deber ser), significa que la eficacia tiene, en cierta forma, una supremacía sobre la norma; es decir, que el ser tiene supremacía sobre el deber ser. Esto significa que para la teoría kelseniana la existencia del ser y el deber ser en tanto formas con un contenido, esto es, en su existencia

fuera del campo lógico formal, se desarrolla con la supremacía del ser sobre el deber ser.

Sin embargo, el hecho que la eficacia pueda determinar la existencia o no de la norma, no significa que cierto grado de incumplimiento de la norma implique la invalidez de la misma, ya que Kelsen considera que, hasta cierto grado, las llamadas *violaciones* de las normas son parte de la naturaleza misma de las normas y de su elemento esencial: el deber ser. Y es que, como hemos visto, Kelsen sostiene que el deber ser tiene como característica el que pueda ser obedecido, pero también tiene como característica el que pueda ser desobedecido; es decir, que el deber ser, y por tanto la norma, son tales precisamente porque tienen como característica el ser pasibles de ser obedecidos o ser desobedecidos. En esto estriba, según Kelsen, el carácter esencial del deber ser y de la norma.

Esto significa que Kelsen considera que las normas sí pueden ser desobedecidas, pero sólo hasta un cierto grado; es decir, el incumplimiento no debe ser total, no puede sobrepasar un porcentaje máximo, pues si las violaciones son permanentes, entonces las normas se vuelven inválidas, esto es, dejan de existir. En cambio, si las violaciones son solamente ocasionales, esto sirve más bien para mostrar la peculiar naturaleza de las normas; es decir, que a pesar de que pueden ser incumplidas en cierta medida, no por ello dejan de ser válidas. Además, Kelsen piensa que de darse el caso de que las normas *siempre* sean cumplidas, las normas dejarían de ser tales, pues le faltaría su esencia, esto es, el deber ser; ya que si la norma siempre es cumplida se convierte en una ley natural, es decir, en un ser. De aquí que Kelsen considere que la norma no debe superar un máximo ni un mínimo de eficacia, pues de darse el primer caso la norma se convertiría en una ley natural y, de darse el segundo caso, la norma dejaría de existir, pues no es obedecida por nadie. Como vemos, la teoría kelseniana considera que la eficacia juega un papel importantísimo para la existencia de la norma jurídica.

Kelsen sostiene, además, que la validez de la norma es anterior, temporalmente hablando, a la eficacia de la misma, pues «La norma entra en vigor antes de ser eficaz, y sólo puede ser eficaz cuando ya entró en vigor.»²⁹ Esto es cierto, pero si la norma, después de entrar en vigor, no es obedecida ni cumplida por nadie, entonces pierde su validez, debido a su ineficacia.

²⁹ KELSEN, Hans, *Teoría General de las Normas*, pág. 145.

Hemos visto, pues, que Kelsen maneja dos tipos de ser y deber ser: uno en el que son formas y el otro en el que son formas con un contenido. En el primer caso, el ser y el deber ser existen dentro del campo lógico formal; en el segundo caso, el ser y el deber ser existen fuera del campo lógico formal. Con respecto al primer tipo del ser y el deber ser, esto es, el ser y el deber ser en tantos formas, Kelsen afirma que ambos se mantienen separados de manera total y absoluta «... *mientras nos mantengamos dentro de este terreno de lógica formal...*»³⁰. Quiere decir que esta tesis sólo es válida si nos mantenemos dentro del ámbito lógico formal; esto significa que esta tesis no tiene validez si nos referimos al ser y al deber ser en tanto formas con un contenido, pues en este caso ya no nos encontramos dentro del ámbito lógico formal, sino fuera de él. Por eso Kelsen dice que si el ser y el deber ser existen fuera del campo lógico formal, ya no están separados, sino que entre ambos existe «... *una serie de vínculos...*»³¹. Como vemos, en este caso sí existen relaciones entre el ser y el deber ser, pues estamos en un ámbito distinto al lógico formal, que es el único ámbito donde tiene validez la tesis kelseniana de separación absoluta y total del ser y deber ser.

En consecuencia, es natural de que existan diferencias entre ambos tipos de ser y deber ser, pues uno de ellos existe en el campo lógico formal y el otro existe fuera del campo lógico formal; por tanto, es lógico que ambos no sean la misma cosa, es lógico que no sean iguales.

Por otra parte, algunos autores afirman que cuando Kelsen plantea sus premisas metódicas, lo hace teniendo como base la concepción neokantiana del ser y el deber ser (ser y deber ser en tanto formas) y, cuando plantea sus resultados teóricos, lo hace teniendo como base la concepción positivista del ser y el deber ser (ser y deber ser en tanto formas con un contenido); es decir, que estos autores consideran que Kelsen cambia el neokantismo por el positivismo. Esto no es cierto, pues Kelsen plantea desde sus primeras obras que el ser y el deber ser existen en dos ámbitos distintos: en el ámbito lógico formal (neokantismo) y en el ámbito de la realidad (positivismo). Es decir, que no es que él cambie el neokantismo por el positivismo, sino que ya desde el comienzo su teoría jurídica descansaba no sólo sobre el neokantismo sino también sobre el positivismo. Además, Kelsen advierte ya en sus premisas epistemológicas y metodológicas que sus tesis sobre el ser y el deber ser en

³⁰ KELSEN, Hans, Problemas Capitaes de la Teoría Jurídica del Estado, pág. 8.

³¹ KELSEN, Hans, Problemas Capitaes de la Teoría Jurídica del Estado, pág. 17.

tanto formas *solamente* son válidas dentro del ámbito lógico formal (neokantismo); en cambio, señala que sus tesis sobre el ser y el deber ser en tanto formas con contenido son válidas para todo el ámbito de la realidad (positivismo). Esto significa que si, como cree Kelsen, el Derecho y la norma jurídica contienen —de una u otra forma, en mayor o menor grado— aspectos formales y empíricos, entonces en ambos se puede aplicar tanto la tesis neokantiana como la tesis positivista del ser y el deber ser. En otras palabras, el neokantismo sirve, principalmente, para definir la esencia del ser y el deber ser; en cambio, el positivismo sirve, fundamentalmente, para concebir a éstos dentro del ámbito de la realidad. Quiere decir que si Kelsen quería construir una teoría sobre el Derecho debía utilizar tanto las tesis neokantianas como las tesis positivistas, pues si el Derecho y la norma jurídica poseen elementos pertenecientes tanto al ámbito lógico jurídico como al ámbito de la realidad, entonces es indispensable que se utilice ambas tesis sobre el ser y el deber ser (tesis positivista y tesis neokantiana), pues solamente así se puede abarcar de manera total al Derecho.

Es por eso que consideramos que es incorrecto decir, de manera simplista, que para elaborar su teoría jurídica Kelsen utiliza sólo la concepción positivista o sólo la concepción neokantiana, pues lo correcto sería decir que Kelsen utiliza tanto la concepción positivista como la neokantiana. De aquí que rechazamos la muy extendida opinión entre los estudiosos de la teoría kelseniana en el sentido de que Kelsen es neokantiano cuando elabora sus premisas metódicas y que cuando construye su teoría jurídica en sentido estricto (resultados teóricos) se cambia al positivismo y abandona el neokantismo; esto, como hemos visto, es falso, pues Kelsen elaboró sus premisas metódicas tanto sobre la base del neokantismo como sobre la base del positivismo.

Por eso discrepamos con Schild Wolfgang cuando señala que «... KELSEN en sus primeros escritos (...) se inclina mucho más al pensamiento neokantiano, y sólo en sus trabajos posteriores sostendrá de preferencia conceptos de cuño positivista.»³² Nosotros creemos que Kelsen acuñó desde el comienzo tanto la concepción neokantiana como la concepción positivista, de allí que haya afirmado, en su primera gran obra, que el ser y el deber ser tienen fuera del ámbito lógico formal «... una serie de vínculos...»³³.

³² WOLFGANG, Schild, *Las Teorías Puras del Derecho: reflexiones sobre Hans Kelsen y Robert Walter*, Bogotá, Temis, 1983, pág. 5.

³³ KELSEN, Hans, *Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado*, pág. 17.

Esta afirmación es totalmente de tinte positivista. De igual forma, cuando Kelsen dice, en su primera obra fundamental, que el Derecho tiene su existencia en el ámbito de la realidad, está dando una afirmación positivista y no neokantiana. Asimismo, cuando Kelsen señala que la conducta forma parte del Derecho como totalidad jurídica, está concibiendo al Derecho de manera positivista. Todo esto nos lleva a la conclusión de que Kelsen fue desde el comienzo un positivista y no como dicen algunos que fue positivista sólo en un período posterior. En todo caso, lo cierto es que la teoría kelseniana está fundada tanto en la concepción positivista como en la concepción neokantiana; y esto sucede no en una etapa posterior de la obra kelseniana, sino desde siempre, desde los primeros trabajos y los primeros libros de Kelsen. Las tesis positivistas y neokantianas que Kelsen señala en su fundamental libro *Problemas Capitaless de la Teoría Jurídica del Estado*, publicado en 1911, son una prueba de ello.

4.- La norma fundamental

Kelsen sostiene que una norma solamente puede fundamentar su validez en otra norma. Así, por ejemplo, considera que una sentencia judicial está fundamentada en una ley, y ésta a su vez está fundamentada en la constitución, y ésta por su parte está fundamentada en otra constitución anterior, y así sucesivamente hasta que se llega a una primera constitución histórica, la cual ya no está fundamentada por otra constitución o por otra norma positiva, sino que pareciera, a primera vista, estar fundamentada en los actos de los primeros legisladores. Sin embargo, para Kelsen aceptar que la primera constitución histórica pueda estar fundamentada en un hecho empírico es algo inadmisibile, pues un deber ser (la primera constitución histórica) no puede, según él, estar fundamentado por un ser (actos de los primeros legisladores). Por ello considera que el pensamiento jurídico tiene que *presuponer* que los actos de los primeros legisladores, y con ello también la primera constitución histórica, están fundamentados en una norma. Pero esta norma no es una norma positiva, es decir, no es creada por un acto de voluntad humana, sino solamente es una norma *presupuesta* por el pensamiento jurídico, con el único objetivo de fundamentar normativamente el orden jurídico positivo. A esta norma Kelsen llama la norma fundamental o básica. Esta norma resulta, entonces, el último fundamento de validez del orden jurídico, después de la cual ya no existe ninguna otra norma. Al respecto Kelsen señala:

Si preguntamos por la razón de validez de un orden jurídico positivo, llegamos finalmente a una histórica primera Constitución, la cual autori-

za a la costumbre, o a un órgano legislativo, para crear normas generales, las que, a su turno, autorizan a los órganos administrativos y judiciales para crear normas individuales. La suposición de que esas normas son válidas presupone una norma que autoriza a los Padres de la Constitución para crear las normas que instituyen la legislación o la costumbre como la base de todas las funciones del orden jurídico. Esta norma es la razón de validez de la Constitución y, por consiguiente, *la norma básica* del orden jurídico establecido de conformidad con la Constitución. Es una norma *presupuesta* en nuestro pensamiento jurídico³⁴.

Además, la norma fundamental es la que permite concebir al orden jurídico como un todo unitario, es decir, el orden jurídico debe su unidad a la norma fundamental. Esto significa que la norma fundamental es la razón por la cual distintas normas jurídicas pueden ser consideradas como parte de un mismo orden jurídico, es decir, la pluralidad de normas jurídicas recibe su validez de una misma norma: la norma fundamental. Al respecto Kelsen afirma:

Una pluralidad de normas forma una unidad, un sistema, un orden, cuando su validez puede ser atribuida a una norma única como fundamento último de esa validez. En cuanto fuente común, esta norma fundamental constituye la unidad en la pluralidad de todas las normas que integran un orden. Y el que una norma pertenezca a un orden determinado deriva sólo del hecho de que su validez pueda ser referida a la norma fundamental que constituye a ese orden³⁵.

Asimismo, como hemos visto, una característica principal de la norma fundamental o básica es que no es una norma positiva, sino solamente una norma presupuesta; es decir, que no es creada por un acto de voluntad humana sino que es una norma creada por el pensamiento jurídico para darle un último fundamento normativo al orden jurídico. Pero, además, la norma básica, al ser la última norma fundamentadora del orden jurídico, viene a ser la norma suprema del orden jurídico, es decir, que no existe una norma superior a la norma básica. Por ello Kelsen dice que:

³⁴ KELSEN, Hans, «Acerca de la Norma Básica», Revista de Ciencias Sociales, Valparaíso, Universidad de Chile, Diciembre de 1974, pág. 421. Las cursivas son nuestras.

³⁵ KELSEN, Hans, La Teoría Pura del Derecho, (Traducción de la 1ra edición alemana de 1934), pág. 94.

La norma que representa el fundamento de validez de otra norma es, en su respecto, una norma superior; pero la búsqueda del fundamento de validez de una norma no puede proseguir hasta el infinito, como la búsqueda por la causa de un efecto. Tiene que concluir en una norma que supondremos la última, la suprema³⁶.

Ahora bien, la norma fundamental o básica solamente determina la *forma* en que van a ser creadas las normas, pero no determina el contenido de las mismas. El contenido de las normas es determinado por las autoridades facultadas por la norma fundamental para la creación de las normas jurídicas. Por esto nuestro autor señala que:

Una norma pertenece al orden sustentado en semejante norma fundante, en tanto ha sido producida en la manera determinada por la norma fundante básica, y no por tener determinado contenido. La norma fundante básica sólo provee del fundamento de validez, pero no además del contenido de las normas que constituyen ese sistema. Sus contenidos sólo pueden ser determinados por actos mediante los cuales la autoridad facultada por la norma básica, y luego, las autoridades facultadas por aquélla, establecen las normas positivas de ese sistema³⁷.

En esta cita hay un punto que queremos resaltar. Kelsen dice que la norma básica es el último fundamento de *validez* de un orden jurídico; además, afirma que el fundamento de validez dada por la norma básica sólo se refiere a la *forma* en que son creadas las normas jurídicas. Esto significa que la validez dada por la norma fundamental es solamente *formal*, es decir, sólo fundamenta la forma en que se crean las normas jurídicas, más no así su contenido.

La norma básica es una norma esencialmente distinta a las demás normas jurídicas, pues éstas son normas *positivas* y aquélla es sólo una norma *presupuesta* por el pensamiento jurídico. Kelsen sostiene que la diferencia radica en que las primeras son normas «puestas», es decir, creadas por actos de voluntad humana, en cambio, la norma básica es sólo una norma «pensada». Esto guarda coherencia con la tesis kelseniana según la cual la norma fundamental es solamente una norma presupuesta, cuya única finalidad es ser el

³⁶ KELSEN, Hans, Teoría Pura del Derecho, (Traducción de la 2da edición alemana de 1960), pág. 202.

³⁷ KELSEN, Hans, Teoría Pura del Derecho, (Traducción de la 2da edición alemana de 1960), pág. 204.

último fundamento de validez de un orden jurídico. De ahí que el jurista austríaco afirme que:

Si la norma fundante básica no puede ser una norma querida, siendo sin embargo lógicamente imprescindible su enunciación en la premisa mayor de un silogismo que fundamente la validez objetiva de normas, sólo puede ser entonces una norma pensada³⁸.

Además, Kelsen considera que la norma básica no sólo es una norma pensada, sino también es «... una norma simulada.»³⁹. Más aún, cree que la norma básica es una ficción,

una auténtica o «verdadera» ficción en el sentido de la *filosofía del Como-si vaihingeriana*, la cual, como está señalado allí, no sólo contradice la realidad, sino que es contradictoria consigo misma (...) Para *Vaihinger* (...) una ficción es una orden de pensamiento, la cual se utiliza cuando no se puede alcanzar la meta de pensamiento con el material existente⁴⁰.

Como vemos, Kelsen considera que la norma básica es una ficción, una falsedad, es decir, algo contrario a la realidad. Esto nos lleva a preguntarnos qué valor científico puede tener una norma que, según el mismo Kelsen, es ficticia, falsa y contradictoria no sólo consigo misma, sino también contradictoria con la realidad. Creemos que con esto Kelsen lleva al descrédito total a su teoría de la norma fundamental; pero, además, le crea, innecesariamente, un punto vulnerable a su Teoría Pura del Derecho.

Esto nos lleva a pensar en lo inútil que resultó finalmente para la teoría kelseniana la llamada *norma fundamental*. Y es que no podría ser otra nuestra conclusión, pues si analizamos los resultados a los que llega Kelsen, veremos que no consiguió los objetivos perseguidos con su norma fundamental; muy por el contrario, finalmente tuvo que admitir que el orden jurídico no descansaba en la norma fundamental, sino en la realidad empírica. Esto es lo que se ve con toda claridad cuando afirma que:

³⁸ KELSEN, Hans, *La Teoría Pura del Derecho*, (Traducción de la 2da edición alemana de 1960), pág. 211.

³⁹ KELSEN, Hans, *Teoría General de las Normas*, pág. 251.

⁴⁰ *Ibidem*.

Si se quiere conocer la esencia de la norma fundante básica, es necesario ante todo tener conciencia de que la misma se refiere, inmediatamente a una determinada constitución, efectivamente impuesta, producida por la costumbre o promulgada expresamente, eficaz en términos generales...⁴¹.

Aquí Kelsen relaciona la esencia de la norma fundamental con la «eficacia» de una constitución; es decir, que si no existe una constitución *eficaz*, entonces tampoco «existe» norma fundamental. Esto significa que la norma básica, y el orden jurídico que ella dice fundamentar, dependen ambos de la eficacia. Quiere decir que un elemento del ser (la eficacia) termina siendo el factor de validez de un deber ser (el orden jurídico).

Por esto no nos sorprende que Kelsen acabe aceptando que no es obligatorio presuponer la norma básica para poder fundamentar la validez de un orden jurídico; es decir, deja abierta la posibilidad para que la validez del orden jurídico sea fundamentada de otra manera, por eso señala que:

Decir que la norma fundante de un orden jurídico positivo sólo puede ser presupuesta, pero no que tenga que ser presupuesta, significa que pueden interpretarse las relaciones que interesan entre los hombres, como obligaciones, facultamientos, derechos, competencias, etcétera, constituidos mediante normas jurídicas objetivamente válidas, pero que no es necesario interpretarlos así. Cabe interpretarlos incondicionalmente, es decir, sin presuponer la norma fundante básica, como relaciones de poder, como relaciones entre hombres que mandan, y hombres que obedecen o que no obedecen; es decir, cabe interpretarlos sociológicamente, no jurídicamente⁴².

Vemos, pues, que Kelsen reconoce abiertamente que no es necesario ni obligatorio presuponer la norma básica para interpretar (fundamentar) las relaciones jurídicas, pues también cabe interpretarlas desde el punto de vista sociológico. Esto quiere decir que cabe tener como fundamento de validez de un orden jurídico no sólo a la norma básica, sino también a los hechos empíricos;

⁴¹ KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, (Traducción de la 2da edición alemana de 1960), pp. 208-209.

⁴² KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, (Traducción de la 2da edición alemana de 1960), pág. 229.

es decir, Kelsen termina admitiendo que los hechos también pueden ser invocados como fundamento de validez de un orden jurídico, lo cual es una verdadera capitulación con respecto a sus tesis iniciales sobre el papel que debería desempeñar la llamada norma fundamental.

Esta capitulación o contradicción, por decir lo menos, en la que pareciera caer Kelsen cuando afirma, por un lado, que la norma fundamental puede ser el fundamento de validez de un orden jurídico y, al mismo tiempo, cuando, por otra parte, dice que los hechos empíricos pueden ser invocados como fundamento de validez de ese mismo orden jurídico, queda totalmente confirmado cuando señala que:

La significación de la norma fundamental se torna singularmente clara en caso de que un orden jurídico sea, no modificado por vía legal, sino reemplazado por vía revolucionaria por un orden nuevo (...) En un Estado hasta entonces monárquico, un grupo de hombres intenta reemplazar al gobierno legítimo por medio de una violenta subversión, y sustituir el gobierno monárquico por uno republicano. Si lo logra, es decir, si el orden antiguo deja de ser eficaz y comienza a serlo el nuevo (...) se presupone una nueva norma fundamental...⁴³.

Aquí es absolutamente claro que la eficacia es anterior al nacimiento de la norma fundamental; es más, la eficacia es la que determina el nacimiento de la «nueva» norma fundamental. Además, el nuevo orden jurídico nace y se mantiene como tal debido a la eficacia; es decir, su validez o existencia se debe a la eficacia y sólo posteriormente, cuando el orden sea eficaz, es que nacerá la llamada norma fundamental o básica. Por consiguiente, es claro que la eficacia es el *verdadero* fundamento del orden jurídico (estatal) y no la norma básica. Y es el mismo Kelsen quien en la cita precedente lo reconoce. Pero si aún existiera alguna duda al respecto, el mismo Kelsen se encarga de despejarla cuando señala que «Para que un orden jurídico (...) sea válido es necesario que sea eficaz...»⁴⁴.

⁴³ KELSEN, Hans, *La Teoría Pura del Derecho*, (Traducción de la 1ra edición alemana de 1934), pp. 100-101.

⁴⁴ KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, (Traducción de la edición francesa de 1953), pág. 142.

En conclusión, con la llamada norma fundamental Kelsen no consigue su objetivo de *fundamentar normativamente* al orden jurídico positivo, pues finalmente aceptó que la realidad, la eficacia (el ser), es el último fundamento del orden jurídico positivo (deber ser); sin embargo, estos resultados «negativos» a los que arriba Kelsen guardan, en cambio, coherencia con su tesis positivista del ser y el deber ser (ser y deber ser en tanto formas con contenido). Quiere decir que si quisieramos rescatar algo «positivo» de la teoría de la norma fundamental de Kelsen sería esta concordancia existente entre los resultados alcanzados con la llamada norma fundamental y su tesis positivista del ser y el deber ser (véase 3. y 3.1.).