5

CAPÍTULO QUINTO
LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY EN KELSEN COMO CATEGORÍA DE LA MEDIACIÓN ENTRE FACTICIDAD Y VALIDEZ

SUMARIO: 1. EL DERECHO Y EL PROBLEMA DE SU MEDIACIÓN CON LA REALIDAD. 2. LA NOCIÓN DE CATEGORÍA Y LA DUDA SOBRE LA CONSISTENCIA DEL SISTEMA KELSENIANO. 3. LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY EN KELSEN. 3.1. DETERMINACIÓN ABSOLUTA Y RELATIVA. LA INDETERMINACIÓN VOLUNTARIA E INVOLUNTARIA. 3.2. LAS DECISIONES JUDICIALES Y LA LÓGICA JURÍDICA. 3.3. LA IMPOSIBILIDAD DE LA INTERPRETACIÓN ÚNICA. 3.4. NORMAS JURÍDICAS Y NORMAS POLÍTICAS. 3.5. LA INTERPRETACIÓN CIENTÍFICA DEL DERECHO Y LA QUE REALIZAN LOS ÓRGANOS DE APLICACIÓN DEL DERECHO. 3.6. FACTICIDAD Y VALIDEZ. 3.7. FACTICIDAD, EFICACIA Y LEGITIMIDAD. 3.8. LA CATEGORÍA DE LA MEDIACIÓN ENTRE FACTICIDAD Y VALIDEZ. 3.9. LOS ESTUDIOS DE SOCIOLOGÍA JURÍDICA SOBRES LAS DECISIONES JUDICIALES.

1. EL DERECHO Y EL PROBLEMA DE SU MEDIACIÓN CON LA REALIDAD. El problema de la mediación del derecho con la realidad que en Kelsen se resuelve a través de su *Teoría de la interpretación de la ley*, esto es algo que de diferentes formas se ha venido sosteniendo en el desarrollo de esta tesis; a ello ahora hay que añadir que su *Teoría de la interpretación* no constituye una teoría aislada, sino que es ésta parte del sistema kelseniano.

Es este un problema de frontera. Un terreno por demás escabroso en el que asechan serios problemas epistemológicos, donde incuestionablemente se corre el riesgo de transgredir el ámbito disciplinario; tal es la razón por la que

Kelsen, desde los *Problemas capitales*, inicia su aventura intelectual poniendo en el centro de sus disquisiciones el planteamiento «metodológico» del derecho, lo que jamás abandonó durante su vida, sin que por ello haya podido lograr despejar todos los problemas que involucran su concepción estática y dinámica del derecho. Tan no es así, que, dentro de su concepción dinámica del derecho, el tema de la interpretación, al cual puede referírsele como inconcluso, lo abordó hasta los años de la década de 1930. Y sigue siendo éste uno de los temas menos explorados.

Pues bien, aquí no se analizarán en detalle los referidos problemas de frontera. No se incursionará en un análisis exhaustivo de este tipo de problemas que tiene que ver, entre otras disciplinas, con la esfera de lo imaginario que en el capítulo anterior se abordó. Para los fines de esta tesis ahora, en este capítulo, se analizará en este apartado a manera de preámbulo la manera como algunos investigadores han percibido la mediación entre derecho y facticidad en Kelsen; esto por una parte, y por la otra, se analizará en detalle la *Teoría de la interpretación* propuesta por Kelsen.

En el punto tres, sobre todo de los apartados 3.5 al 3.8., se hace un análisis acerca de los detractores de Kelsen que ven en su sistema algo así como completamente refractario e impenetrable a los elementos extrajurídicos, estudios en los cuales se omite las referencias a la política jurídica inmersa en el sistema kelseniano, lo que es tratado por Kelsen, entre otros de sus escritos, en su teoría de la interpretación de la ley.

Como se reafirmará en el referido punto tres, es en el proceso de interpretación del derecho que realizan los órganos jurídicos donde se establece el sentido que se otorga a la norma que se aplica a un caso concreto, y toda vez que ninguna norma jurídica posee un carácter de determinación absoluta por el derecho para su debida aplicación o ejecución; ya sea porque

de manera intencional así lo dispuso el legislador, o bien porque de manera no intencional aparecen ambigüedades y vaguedades del lenguaje —o por cualquier otra razón—, es en este proceso donde, para otorgar el sentido a la norma que se ha de aplicar al caso concreto que se presenta al juez, necesariamente se tiene que producir una confluencia de «juicios de valor» y «juicios de hecho». Por eso la interpretación de la ley es planteada por Kelsen como un problema de la política jurídica, no de la ciencia jurídica; por tanto la teoría de la interpretación de la ley aparece como una regla de conocimiento, o como una de las principales categorías del conocimiento del sistema kelseniano.

Para entrar en materia sobre las disciplinas lindantes con la ciencia jurídica, desde la perspectiva de la teoría del discurso de Jürgen Habermas es innegable que las normas jurídicas posibilitan a sus destinatarios producir interpretaciones que conllevan, según este autor, a substituir la razón práctica por la razón comunicativa, con lo que incuestionablemente se generan formas de vida y de racionalización[1]. Ello no obstante que como ha quedado expuesto, desde el punto de vista de Kelsen el sentido deóntico proyecta a las normas jurídicas sólo como mandamientos, permisiones, autorizaciones —lo que por supuesto esto no corresponde al punto de vista de Habermas—; pero no, desde este punto de vista exclusivo de la ciencia jurídica, las normas jurídicas se proyectan ante los individuos como información instructiva e informativa.

---

[1] Tesis de Habermas sobre la cual en esta tesis sólo se hará referencia en los aspectos que este autor asume su postura frente a la *Teoría pura del derecho*. (Habermas, Jürgen, Facticidad, y validez, sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso [Tr. Manuel Jiménez Redondo], Ed. Trotta, Col. Estructuras y Procesos, Madrid, 1998).

Vistas las cosas de esta manera, indudablemente que el derecho —sin entender por esta expresión la ciencia jurídica — aparece como categoría de la mediación entre facticidad y validez; pero este interesante enfoque de análisis habemasiano que a partir de la teoría sistémica del derecho Luhmann concibe el derecho como «autocomprensión» normativa, y por tanto como un fenómeno comunicacional en el cual los hombres interactúan como sujetos libres por someterse sólo a las leyes que ellos han creado —muy en el sentido kelseniano percibido en este aspecto por Habermas, por cierto—, es tan sólo un punto de vista del problema que en parte no se soslaya en esta tesis; pero del cual Kelsen no se ocupó, aunque reconocido o no es su concepción del derecho como sistema normativo lo que con posterioridad ha posibilitado los análisis del derecho como discurso, como el desarrollado por Habermas. La otra parte del problema que sí aborda Kelsen, tiene que ver con la construcción de la verdad jurídica a través de la *Teoría de la interpretación de la ley*, que es parte del tema central de esta tesis, algo sobre lo que como también se demostrará más adelante en este mismo capítulo, Habermas no interpreta correctamente a Kelsen.

En el mismo sentido, pero más desde un punto de vista filosófico-sociológico planteado por Gregorio Peces-Barba en su *Introducción a la filosofía del derecho* —también lindante con la ciencia del derecho—, se podría sostener la tesis de que la categoría de la mediación entre facticidad y validez en la *Teoría pura del derecho* lo constituye la norma fundante básica, con la cual para muchos se cierra el sistema kelseniano desde arriba.

Más o menos de esta manera plantea el problema Gregorio Peces-Barba. Sostiene que detrás de la norma fundante básica se encuentran los factores reales de poder que Kelsen se niega a darles cabida dentro de su sistema. En esta manera particular de ver el problema el mayor punto de

confluencia entre facticidad y validez en Kelsen aparece en la norma fundante básica. "En realidad —sostiene Peces-Barba— lo que Kelsen denomina norma fundante básica es el poder, es decir, un hecho de fuerza exterior del Derecho y que lo fundamenta, puesto que la misión principal del poder soberano —del Estado— es organizar la convivencia social a través del Derecho[2].

Sin que lo diga expresamente el autor citado, la norma fundamental aparece en esta apreciación categoría principal de la mediación entre facticidad y validez. Este autor así la concibe concretamente al referirse al planteamiento que hace Kelsen sobre la relación legitimidad-efectividad. Es decir, cuando se refiere a los casos —ciertamente extraordinarias aunque no tan esporádicos— en que una constitución no es modificada por las formas establecidas *ex profeso* en la misma constitución, sino que en vez de los mecanismos formales es remplazada por medio de una revolución. O lo que es lo mismo, por medio de un hecho de mera fuerza con el que se rompe con la legitimidad legalmente establecida, hecho que hay que decirlo con énfasis, anticipándose a lo que se expone en esta tesis en el inciso g del apartado 3 de este capítulo, es plenamente reconocido por el jefe de la Escuela de Viena como un hecho productor de derecho.

Pero no obstante lo sugestivo que parece ser este punto de vista, en esta tesis se concibe de distinta manera la solución kelseniana al problema de la relación entre facticidad y validez. Sin desconocer que detrás de la norma fundante básica se encuentren los factores reales de poder que en un determinado momento determinan el contenido de las normas jurídicas, y sin desconocer tampoco que la Grundnorm constituye una regla de conocimiento dentro del sistema kelseniano, en esta tesis se sostiene un punto de vista

---

[2] Gregorio Peces-Barba en *Introducción a la filosofía del derecho*, p. 42 y ss. El problema es planteado por este autor en términos de relación derecho y poder.

distinto. Como producto del análisis de conjunto del pensamiento kelseniano, no es admisible la tesis de que la norma fundante básica no constituye una categoría principal de conocimiento en el sistema de Kelsen, sino sólo una regla epistemológica a través de la cual se resuelve el problema de la validez metajurídica, la que como tal participa en la construcción de la verdad jurídica, pues como se ha insistido en abundancia, para este pensador los juicios de valor no tienen cabida en la ciencia, por lo que la Grundnorm aparece más bien como una estratagema convencional espacio-singularmente sobre el valor presupuesto «singular» que posibilita decidir acerca del contenido de valor —o de los valores— presupuestos en el pensamiento político de una determinada sociedad, lo que a su vez proporcionan validez a las normas integrantes del sistema jurídico.

Sobre el particular Kelsen no deja ninguna duda. Y es a partir de la ya aludida proscripción de los juicios de valor del ámbito de la ciencia —o de la barrera de carácter metodológico impuesta entre juicios de valor y juicios de hecho—, y específicamente a partir también de la diferenciación entre los «fines» que se consideran «medios» para un «fin posterior» y los «fines últimos» (o valores constituidos por una norma básica, o sea por un valor supremo), como el creador de la *Teoría pura del derecho* deja claro que a la ciencia no le corresponde presuponer la validez de una norma básica porque eso corresponde al ámbito de la política jurídica.

A la ciencia le corresponde única y exclusivamente, en términos del fundador de la *Teoría pura del derecho*, determinar cuáles son los medios para alcanzar el «fin último», el cual es definido en todo caso en el campo de la política jurídica y por la política jurídica; pero no determinar cuál es ese fin último. No se olvide que para Kelsen es una petición de principios que la

ciencia no deba presuponer la validez de una norma básica[3]; sino sólo servir de medio para el logro de la realización de ésta.

La exposición que argumenta a favor de que en el sistema kelseniano la interpretación de la ley aparece como categoría de la mediación entre facticidad y validez, que se ha venido haciendo en los anteriores capítulos y que ahora, en este capítulo se concluirá y se reforzará, precisa de un previo y exhaustivo análisis sobre los aspectos racionales e irracionales que normalmente aparecen en el «derecho», no concebida esta entrecomillada expresión como «ciencia del derecho»; ahora bien, ya habiendo quedado hecho ese análisis, en el que algunos de los problemas de lo imaginario y lo simbólico relacionados con la juridicidad se les otorgó la debida relevancia, en el siguiente punto, como preámbulo al también análisis de la *Teoría de la interpretación de la ley* propuesta por Kelsen y de proseguir con la argumentación a favor de que esta teoría —la cual es parte integrante de la Teoría General del Derecho de Kelsen— constituye la categoría de la mediación entre facticidad y validez, se revisará brevemente la noción de categoría, haciendo énfasis en Kant.

2. LA NOCIÓN DE CATEGORÍA Y LA DUDA SOBRE LA CONSISTENCIA DEL SISTEMA KELSENIANO. Con la noción de categoría en el sistema kantiano, con cual se rompe con el tradicionalismo clásico de Platón, Aristóteles y del nominalismo medieval, se hace referencia a las determinaciones del ser; pero para este filósofo las categorías ya no son cualidades de las cosas, como lo fueron para sus predecesores, sino los modos o formas por medio de los cuales se expresa la actividad del conocimiento humano. Ello en razón de que para

[3] Kelsen, Hans, *Ciencia y política*, pp. 258-259.

Kant el conocimiento sólo es posible con la participación de la activa del sujeto cognoscente, por tanto, a diferencia de los anteriores sistemas filosóficos, las categorías son puestas por el entendimiento y no por las cosas.

En palabras del propio Kant, "...las categorías no son más que formas del pensamiento, que no contienen más que la facultad lógica en una conciencia *a priori* de lo múltiplemente dado en la intuición[4]", y la función de estos «modos» es ordenar las distintas representaciones del entendimiento bajo una representación común[5], con el propósito de calificar su valor veritativo, por lo que, escribe Kant, las categorías no son otra cosa más que las formas (o clases) del juicio sacadas de la lógica formal.

El número de estas formas *a priori* derivadas del entendimiento son doce, y atendiendo a las formas del juicio se clasifican en cuatro grupos[6]: la de cantidad: unidad, pluralidad, totalidad cantidad; 2) de cualidad: realidad, negación, limitación; 3) de relación: sustancia y accidente, causalidad y dependencia (o causa y efecto), acción recíproca; 4) de modalidad: posibilidad-imposibilidad, existencia no-existencia, necesidad y contingencia.

Estas nociones primarias del entendimiento puro, llamadas categorías, en el sistema filosófico kantiano condicionan la totalidad del conocimiento intelectual y a la misma experiencia, por esta razón constituyen la condición de la validez objetiva del conocimiento; sin embargo, toda vez que en Kant se establece una escisión entre el mundo de la naturaleza y el mundo de la cultura o de la sociedad —misma que Kelsen hace suya para la base de la construcción de su Teoría Pura del Derecho—, y que demás para este filósofo

---

[4] Kanat, Emmanuel, *Crítica de la razón pura* (Tr. Manuel García Morente y Manuel Fernández Núñez), Ed. Porrúa, México, 1987, p. 148.

[5] Ob. cit. P.65.

[6] Ob. cit., pp. 66 y ss.

resulta imposible que el conocimiento pueda cerrar el universo del saber, los límites de dicho saber sólo llega a los «fenómenos», es decir, los objetos de la intuición sensible, pero no a la cosa en sí o «noumeno», es decir, el objeto del conocimiento intelectual «puro», por lo que las categorías no son aplicables a los noumenos, sólo a los fenómenos[7].

Con la muerte de Kant aparecen nuevos sistemas filosóficos y con ellos también nuevas acepciones de la noción de categoría, la idea que prevalece, siguiendo el pensamiento kantiano, es la de categoría como determinación del ser. Esto es, la de la participación del sujeto cognoscente en la producción de las categorías, y no ya la concepción de la noción de categorías como descubrimiento del entendimiento. Por ejemplo, para G. F. Hegel la noción de categoría es también determinación del ser, lo que en este filósofo es determinación del pensamiento que se logra por medio de las categorías, pues para Hegel lo «real» es «racional» y lo racional es real, o sea que existe en este sistema filosófico una identidad entre realidad y razón.

Otros filósofos, también después de la muerte de Kant, centran su discusión tan sólo en el número de categorías aceptables de las definidas por el autor de la *Crítica de la razón pura*; en tanto que otros intentan dar un paso más allá del autor de Kant. Tal es el caso de H. Cohen, uno de los fundadores de la escuela de Marburgo con suma influencia a principios del siglo XX, para quien la categoría fundamental del conocimiento humano es la idea de «sistema»; según sostiene Cohen, la unidad del objeto sobre el cual se funda la unidad de la materia es la unidad sistemática. Como se verá en este mismo capítulo, esta es también la base de la construcción de la Escuela Histórica del Derecho de principios del siglo XIX, mucho antes que Cohen.

---

[7] Ob. cit. pp. 148.149 y ss.

Hasta aquí la revisión de la noción de categoría. En lo que respecta a Kelsen, siendo éste en sus primeras investigaciones uno de los principales seguidores de la Escuela de Marburgo, la categoría de sistema asumida originalmente por H. Cohen juega en la *Teoría pura del derecho* y en la *Teoría pura del Estado* un importante papel; es decir, tanto el concepto de derecho como el concepto de Estado tienen en Kelsen la categoría de sistema una de las más importantes para su comprensión cognitiva.

El orden jurídico es para este jurista primero que cualquier otra cosa un sistema de normas y el Estado un orden jurídico; de ahí su preocupación por destruir —como él mismo lo repite durante su larga carrera intelectual— las antinomias de la ciencia jurídica precedente entre derecho público y derecho privado, derecho objetivo y derecho subjetivo, acto de creación y acto de aplicación del derecho, norma jurídica y sujeto de derecho, etcétera, pues tales antinomias atentan contra la categoría de sistema, y por tanto contra la posibilidad cognitiva de los conceptos de derecho y de Estado concebidos como unidades de un sistema indestructible. Por eso, tales antinomias, son reconocidas por Kelsen tan sólo como diferencias de contenido inmersos en un sistema cuya unidad es indestructible, algo sobre lo que mucho insiste en varias partes de toda su obra realizada en por lo menos sesenta años de vida intelectual.

Ahora bien, en lo que respecta a su *Teoría de la interpretación de la ley*, que como se podrá apreciar con la lectura del anterior capítulo, rompe con los mitos y misterios inmersos en las ideas de derecho de las distintas culturas y etapas históricas y con las actuales tradicionales doctrinas sobre la interpretación, debe quedar claro que Kelsen en ninguna parte se refiere a ésta como la categoría de la medición entre facticidad y validez; tal enunciado, formulado por el sustentante de esta tesis, constituye la hipótesis central de

esta investigación, punto de vista que indudablemente se deriva de la lectura de conjunto del pensamiento jurídico y político kelseniano.

Que otros investigadores no hayan llegado a la misma conclusión, tal vez ello se deba a que el pensamiento jurídico de Kelsen es visto, por lo general, desvinculado del conjunto de toda su obra, y en particular de su concepción de teoría política-jurídica.

¿Pero entonces, se podría argumentar y con suficiente razón, siendo que la *Teoría de la interpretación de la ley* de Kelsen nada tiene que ver con el ámbito de la ciencia jurídica sino con el de la política jurídica, es decir con el Sein, puesto que ésta involucra juicios de valor y la ciencia jurídica —como cualquier otra ciencia según la perspectiva kelseniana— se refiere sólo a juicios de hecho y proscribe los juicios de valor, esto quiere decir que la categoría de mediación entre facticidad y validez en Kelsen, a saber, su *Teoría de la interpretación de la ley*, está fuera del sistema de la ciencia jurídica kelseniana, es decir, la *Teoría pura del derecho*?

Pareciera ser que por razones políticas, como dijera Óscar Correas, refiriéndose a lo que él llama lamentable confusión del pensamiento kelseniano con el de un apologista del Estado burgués[8], el propio Kelsen decidió construir y desarrollar una *Teoría pura del derecho* por ser ésta la mejor estrategia política para oponerse "...a la arraigada costumbre de defender exigencias políticas a nombre de la ciencia del derecho, invocando, pues, una instancia objetiva, exigencias políticas que sólo poseen un carácter supremamente subjetivo aun cuando, con la mejor fe, aparezcan como el ideal de una religión, una nación o una clase"[9]. Mas esta es sólo una estrategia para

---

[8] *El otro Kelsen*, pp. 27-28.

[9] Kelsen, Hans, prólogo de la primera edición de la *Teoría pura del derecho*. Parte de esta cita la hace Óscar Correas para argumentar que las violentas oposiciones a la *Teoría pura*, "lindantes con el odio" (el

la cual, como se expuso anteriormente en el capítulo segundo, Kelsen echa mano del recurso de la pureza del método; pero como ha quedado expuesto, definitivamente la *Teoría de la interpretación de la ley* de Kelsen es, parte también de la Teoría General del Derecho desarrollada por este jurista. Es decir, es parte del sistema kelseniano.

Correas interpreta de manera correcta la postura de Kelsen: "La razón para fundar una ciencia pura del derecho no consiste en justificar todo poder, sino en lo contrario: despojar de toda justificación "científica" a cualquier poder"[10]. Es válido añadir a esta interesante lectura de Kelsen, hecha por el citado jurista argentino-mexicano, que el fundador de la Escuela de Viena así quiso exponer su *Teoría pura*, aparentemente dejando fuera de su sistema la *Teoría sobre la interpretación de la ley*, porque es esta la posibilidad más viable para seguir en la ciencia del derecho el mismo camino que se ha seguido en las ciencias causales y teleológicas, es saber: la sustitución de la búsqueda de las «substancias» de las cosas por la idea de «función». Lo que en la ciencia del derecho desarrollada por Kelsen se equipara a la substitución de la idea de una «validez» que se deriva de «sustancias» o «esencias de principios jurídicos apriorísticos que fundamentan el orden jurídico positivo, lo que aún buscan incansablemente quienes se inscriben en posturas iusnaturalistas, por la idea de una «validez» presupuesta en una norma fundante básica.

También pareciera ser que con la anterior argumentación se concede razón a los detractores del fundador de la Escuela de Viena que a menudo

---

entrecomillado es de Kelsen), no tienen nada que ver con la propuesta metodológica de Kelsen sobre el *status* de la ciencia jurídica, sino con la relación de la ciencia con la política, lo que también hace referencia textual el autor citado en este prólogo.

[10] *El otro Kelsen*, p. 28.

encuentran inconsistencias en el sistema de kelseniano; pero el trabajo de Correas que aquí se ha venido citando, tal vez sin proponérselo porque en él no se hace referencia al problema de la interpretación de la ley ni al de la política jurídica en los términos que en esta tesis sí se hace, arroja suficientes elementos para encontrar una respuesta que favorece a la solidez de dicho sistema.

En efecto, para Correas no pude llamarse pura una teoría como la de Kelsen que paradójicamente se caracteriza por ser una densa filosofía política y una profunda reflexión acerca del derecho y el poder, por una parte, y por la otra, eso sí, un serio intento metodológico que conlleva a ordenar la jurisprudencia como ciencia normativa, la cual es constreñida a la descripción del derecho positivo. De ahí que "...lo que resulta «pura» —dice Correas— es la ciencia, no la teoría en que la funda. [...] Como no podía, por lo demás, ser de otra forma: la fundación de una ciencia no puede ser «científica»: es siempre filosófica"[11].

Más adelante el citado autor reafirma su postura de que su propósito es explorar —en *El otro Kelsen*— la filosofía política que funda la ciencia pura del derecho, de la que el profesor vienés nunca se ocupó; no debe leerse en términos textuales tal aseveración, lo que realmente quiere decir Correas es que Kelsen no se ocupó lo suficiente de la ciencia del derecho como sí se ocupó de la filosofía política que funda esa ciencia del derecho. Algo que por demás el propio Kelsen así lo reconoce en el prólogo de la segunda edición de la *Teoría pura del derecho,*1960, al señalar que "...tampoco esta segunda edición [...] ha de ser considerada como una exposición de resultados definitivos, sino como una empresa que ha menester de ser llevada adelante,

[11] *El otro Kelsen, Ibidem.*

mediante complementos y otras mejoras. [...] Por otros, que no por su autor, que se encuentra ya al fin de su vida"[12].

Con esta apreciación cabe concebir la categoría de la mediación entre facticidad y validez en el sistema kelseniano, es decir, la *Teoría de la interpretación de la ley*, como parte fundamental del sistema kelseniano. Y más aún si, como se verá en el sexto capítulo relativo al análisis de las nociones de la *quaestio facti* y la *quaestio iuris*, en Kelsen la interpretación de la ley no es algo que sólo atañe a la política jurídica —como hasta aquí se ha venido viendo—, sino que por ser la *Teoría de la interpretación de la ley* una categoría de conocimiento en la que confluyen tanto los juicios de valor como presupuestos de carácter epistemológicos, indudablemente que ésta tiene que ver también con la ciencia jurídica y no sólo con la política jurídica.

3. La Interpretación De La Ley En Kelsen. Teniendo como objetivo el análisis en detalle la *Teoría de la interpretación de la ley* propuesta por Kelsen, en este apartado se retornará la argumentación a favor de la hipótesis principal de esta tesis. Pero no sin antes señalar los aspectos más relevantes de una de las principales críticas dirigidas contra la *Teoría de la interpretación* kelseniana, la de Mario G. Losano, expuesta en su interesante obra *Teoría pura del derecho, evolución y puntos críticos*, obra que se ha venido citando en esta tesis. En puntos subsecuentes de este mismo capítulo se analizará, de manera análoga, la crítica a Kelsen formulada por Habermas.

Una teoría del derecho cualquiera, siempre y cuando tenga como propósito no soslayar la realidad, necesariamente tiene que hacer uso tanto de un lenguaje descriptivo como prescriptivo. Y esto es lo que Kelsen hace en la

---

[12] *Teoría pura*, p. 13.

Teoría pura del derecho, pero para los juristas que pretenden encontrar en la aludida obra sólo un lenguaje descriptivo, como condición *sine que non* de esa pureza, la aparición del lenguaje prescriptivo en la *Teoría pura* resulta ser una incongruencia del sistema kelseniano. En esta línea se inscribe el jurista italiano Mario G. Losano. Este autor, olvidando que antes había dicho que "...hoy nadie duda en afirmar que para Kelsen, la ciencia del derecho tiene como objeto exclusivamente la forma del derecho (es decir, 'el deber ser', el Sollen); pero hoy, en cambio, nadie afirmaría que para Kelsen la realidad es pura forma, es decir, Sollen, sin la mínima influencia de la realidad, del Sein"[13], a lo que añade para dar más fuerza a esta aseveración que "...muy a menudo KELSEN repitió que la suya es una 'teoría pura del derecho' y no una 'teoría del derecho puro'"[14], paradójicamente, no obstante esta aseveración preliminar Losano de inmediato olvida, al igual que los iusnaturalistas sostiene después dice en la misma obra citada que "...la *Teoría pura del derecho* no alcanza su postulado fundamental de pureza, es decir, que no siempre respeta el postulado de la descripción de la ciencia jurídica"[15].

El punto de vista que se sostiene en esta tesis es distinto, la teoría pura del derecho nunca "...faltó a su deber de dedicarse exclusivamente a la descripción, considerada por ella esencial para toda teoría jurídica que quiera presentarse como ciencia[16]", como lo asegura Losano. Primero porque si bien es cierto que Kelsen establece como requisito esencial para la constitución de una ciencia del derecho autónoma la necesidad de la prevalencia de un lenguaje descriptivo, ello no implica, de ninguna manera, la proscripción de la

---

[13] Losano G, Mario, *teoría pura del derecho, evolución y puntos cruciales*, p. 3.

[14] *Ibidem.*

[15] Ob. cit. p. 111.

[16] Ob. cit. pp. 111-112.

Teoría pura del derecho del uso del lenguaje prescriptivo. ¿Cómo podría Kelsen proscribir de su *Teoría pura*, en términos absolutos, el uso del lenguaje prescriptivo si, su concepción de la ciencia del derecho es la de una ciencia normativa? Y segundo porque, como ha quedado asentado en capítulos precedentes, la diferenciación que establece Kelsen entre juicios de valor y juicios de hecho —para retornar al tema del apartado seis y a la vez reforzar la comprobación de las hipótesis 5, 6, 7, 8 y 9—, es parte del proceso de la abstracción dirigido bajo criterios de una pureza metodológica que conlleva a Kelsen a construir la ciencia jurídica como una ciencia normativa (Cfr. pág. 8). Pero esta distinción y escisión meramente metodológica —como también se ha visto— sólo involucra la posibilidad, por una parte, de establecer una línea de demarcación de carácter metodológico entre la *quaestio facti* y la *quaestio iuri*, y por la otra, establecer, para la descripción de los órdenes normativos de la interacción humana un principio ordenador distinto al de las ciencias de la causalidad, en cual es denominado por Kelsen *principio de imputación-atribución*, expuesto en el capítulo tercero.

Ahora bien, resolver a partir de la concepción normativista-constructivista de la ciencia jurídica kelseniana cómo se establecen las formas de implicación y relación de la *quaestio iuris* y la *quaestio facti*, y cómo se resuelven, ello a partir de la eliminación de todo elemento que le sea extraño al derecho, es algo que corresponde a la ciencia jurídica; en tanto que resolver el problema de la mediación entre facticidad y validez, donde indudablemente confluyen y se involucran juicios de valor y juicios de hecho, es, según se deduce de una lectura integral de Kelsen, algo que corresponde a la política jurídica. No a la ciencia jurídica. Concretamente eso corresponde a la *Teoría de la interpretación de la ley*, cuyo tratamiento no soslaya Kelsen en su *Teoría pura del derecho*.

Ciertamente, y tal vez el mismo Kelsen hoy lo reconocería, este es uno de los puntos más débiles y vulnerables de su sistema; pero no por las supuestas incongruencias que se le atribuyen relacionadas a factores metajurídicos, los cuales, como se ha venido insistiendo, el fundador de la Escuela de Viena nunca les dio la espalda, sino porque el tema de la interpretación de la ley es uno de los menos desarrollado del sistema kelseniano, y a la vez el más ignorado tanto por detractores de Kelsen como por sus apologistas. Tan es así que, como se verá más adelante, al plantear Kelsen la diferencia entre lo que es la interpretación científica del derecho y la interpretación que realizan los órganos jurídicos de ampliación del derecho, sólo deja abierta la posibilidad de que la conjunción e implicación de los juicios de valor y los juicios de hecho que se produce en al acto o proceso de interpretación de la ley, puedan tratarse de manera científica, lo que hasta ahora no ha sido objeto de posteriores investigaciones por los seguidores de Kelsen. Pero, además, ¡qué bueno que se habla de inconsistencias del sistema kelseniano! Esto prueba que la *Teoría pura del derecho* pasó al siglo XXI como el más importante paradigma de la ciencia jurídica; pues si en materia de ciencia no se hablara de errores y anomalías, refutaciones e inconsistencias; sino sólo de verdades exactas y absolutas, indiscutiblemente no se estaría hablando de ciencia jurídica, sino en todo caso de teología.

Habrá que pasar al siguiente punto la disección de María G. Lozano sobre la obra de Kelsen, afortunadamente no hecha en el cadáver de una teoría muerta. Esto Losano mismo lo reconoce, y sus investigaciones arrojan cosas tan interesantes, que en esta tesis resulta difícil decidir tener que dejar su análisis más amplio y profundo para otra mejor ocasión.

3.1. DETERMINACIÓN ABSOLUTA Y RELATIVA. LA INDETERMINACIÓN VOLUNTARIA E INVOLUNTARIA.- Existe una enorme distancia entre la creencia en la determinación absoluta de los mandatos divinos, como los Mandamientos de la Ley de Dios, dados a conocer por la persona de Moisés en el monte Sinaí, con respecto a la forma de determinación relativa de los mandamientos normativos que objetivamente sólo es posible construir y formular jurídicamente a los legisladores humanos. No obstante, dado los deseos y sentimientos de temor que caracteriza a los seres humanos, muchos de los mortales sólo sienten seguridad y confianza al amparo explicaciones basadas en el absolutismo filosófico y el absolutismo político. A lo que se refiere Kelsen en *Absolutismo y relativismo en filosofía y política*, que en esta exposición se ha venido citando.

De ahí que sin ponderar siquiera los problemas que encierra la variedad de usos del lenguaje natural, del que también hace uso el derecho, y en sí, sin considerar los problemas de la comunicación humana en cuanto a interferencias de los canales, además de los problemas relacionados a la polivalencia de los signos lingüísticos, entre muchos otros, no pocos creen en la posibilidad de poder dotar a las disposiciones normativas creadas por el legislador humano de contenidos imperativos absolutos, en cuanto a la relación de obligación jurídica que una norma de jerarquía superior establece con respecto a otra norma inferior perteneciente al mismo sistema. Por lo que podría decirse, jugando con las palabras, que el establecimiento del sentido a una norma, considerada ésta de manera aislada, al margen del sistema normativo al que pertenece, carece de sentido.

Se explicará lo anterior de otra manera: la búsqueda del sentido de una norma jurídica cualquiera para aplicarla a un caso concreto planteado a un juez, quien tiene como función propia la de interpretación y aplicación de la

ley, es algo que tiene que hacerse en función del sentido que se establece por el intérprete de otras normas integrantes del marco jurídico aplicable a ese caso, pues de lo contrario, el sentido establecido por el intérprete a una norma cualquiera considerada ésta de manera aislada, no sería tal en términos de validez jurídica exigible en el proceso de construcción de la verdad legal, por carecer de sustento legal. Ahora bien, es cierto que una cosa es el sentido que se establece por el intérprete —o que se atribuye— de una norma jurídica y otra muy distinta es el problema de la validez de esa norma, lo primero tiene que ver esencialmente con signos lingüísticos que hay que interpretar para desentrañar el sentido del mandato legal, en tanto que lo segundo se refiere al fundamento de validez de la norma jurídica que se interpreta para ser aplicada a un caso concreto, el cual, en términos de Kelsen, sólo puede encontrarse en la validez de otra norma de jerarquía superior y perteneciente al mismo sistema jurídico, y no en la verificación de ningún hecho empírico; pero para demostrar que una norma de grada «superior» funda (o da validez) a la norma de grada «inferior», es necesario atribuir también un sentido a la norma de grada superior, de ahí que el sentido que con apoyo del derecho se establece de una norma, tenga que hacerse en relación con el sentido también atribuido a las demás normas integrantes del marco jurídico aplicable.

A lo anterior habría que agregar que, dado el carácter sistemático de las normas jurídicas, y además, dado también a que el fundamento de validez de una norma jurídica cualquiera se encuentra en otra norma jurídica de jerarquía superior, resulta comprensible que la relación que se establece entre una norma de jerarquía superior y otra de jerarquía inferior —por ejemplo la relación que se establece entre una norma de la constitución y otra norma de una ley ordinaria, o una norma cualquiera del código penal y una norma jurídica individualizada, la cual es creada por el juez a través de una

resolución judicial—, es, en términos de Kelsen, una relación de determinación-obligación. Esto significa que la norma de grada superior regula —como escribe Kelsen—, "...el acto mediante el cual se produce la norma de grada inferior, o regula el acto de ejecución cuando ya se trata de éste; determina no sólo el procedimiento mediante el cual se establece la norma inferior o el acto de ejecución, sino también, en ciertos casos, el contenido de la norma que se instaura o del acto de ejecución que se cumplirá[17]".

Pero este no es el tema central del eterno debate que los tradicionalistas y dogmáticos siguen manteniendo con Kelsen y la *Teoría pura del derecho*; como acertadamente lo señala García Máynez, el problema de la estructuración jerárquica del orden normativo fue tratado inicialmente en la Edad Media y muy pronto fue olvidado en ese mismo largo período. Luego, en los tiempos modernos, este tema es retomado por Birling; pero su posterior desarrollo y formulación teórica es mérito de Adolph Merkk[18], Kelsen lo incorpora de inmediato a su sistema. Así es de que este tema es uno de los que ya han sido lo suficientemente asimilados por los juristas y los operadores del derecho. El tema central de este debate estriba en que, como ha quedado expuesto, los partidarios del absolutismo filosófico y del absolutismo político creen que existe la posibilidad de que las normas jurídicas formuladas por el legislador humano poseen en su contenido una forma de determinación absoluta o completa; porque se cree que por ser esta una facultad y voluntad del legislador, por ese sólo hecho es posible establecer en la norma una forma de determinación absoluta; porque erróneamente sigue creyendo en que los jueces y autoridades administrativas, facultadas legalmente para interpretar y

---

[17] *Teoría pura*, p. 350.

[18] García Máynez, Eduardo, *Ensayos filosófico-jurícos*, p. 13.

aplicar el derecho, no deben crear derecho, salvo que la ley lo autorice; porque erróneamente se cree en que el juez lo único que hace en el proceso de interpretación y aplicación de la ley, es obedecer el mandato legal, salvo que existan lagunas en la ley, en cuyo caso, el juez cumple no una función de interpretación sino de integración, que consiste en colmar de alguna manera prevista o no por el derecho las lagunas legales.

Kelsen opina de distinta manera, su tesis la hace consistir en que la determinación jamás podrá ser completa, total, absoluta: "La norma de rango superior —escribe— no puede determinar en todos los sentidos el acto mediante el cual se aplica. Siempre permanecerá un mayor o menor espacio de juego para la libre discrecionalidad, de suerte que la norma de grada superior tiene, con respecto del acto de su aplicación a través de la producción de normas o de ejecución, el carácter de un marco que debe llenarse mediante ese acto. Hasta la orden más minuciosa debe dejar a su ejecutor una cantidad de determinaciones"[19]. Esto es así porque, aún cuando el acto de voluntad de producción tenga la intención de otorgar al mandato una determinación completa «o absoluta», por las razones que ya se han expuesto en abundancia, lo único que en este supuesto se podría obtener como resultado es una indeterminación no intencional. Lo mismo ocurre en un acto jurídico que sea de mera ejecución, en el cual el derecho ha de ser aplicado[20], en ambos casos el derecho "...sólo está determinado en parte por el derecho, quedando en parte indeterminado. La indeterminación puede referirse tanto al hecho condicionante, como a la consecuencia condicionada"[21], y probablemente ésta también sea un resultado del acto de voluntad del legislador, dejándose en este

---

[19] *Ibidem.*

[20] *Ibidem.*

[21] *Ibidem.*

caso de manera deliberada un amplio o pequeño margen de discrecionalidad al órgano del Estado facultado para interpretar y aplicar la ley.

Antes de cerrar este punto se expondrá y evaluará brevemente el punto de vista de Habermas sobre la «indeterminación» de las normas jurídicas y la racionalidad en la administración de la justicia. Después de esta revisión se pasará al análisis sobre las decisiones judiciales y la lógica jurídica. Habermas se ubica en el lado extremo de Kelsen, y contrario a los tradicionalistas que bajo el supuesto de que el Derecho Positivo se fundamenta en los principios del Derecho Natural, con base a lo cual creen en la existencia de la posibilidad de formas de determinación absoluta en los mandatos legales, este autor parece ubicarse en el en otro extremo, es decir, en el indeterminismo absoluto, y erróneamente ubica a Kelsen entre quienes se inscriben en lo que él llama "...modelo convencional de la decisión jurídica como una subsunción de un caso bajo la correspondiente regla"[22].

Ciertamente Habermas va mucho más lejos que Kelsen, pues con base a Hans-Georg Gadamer desentierra y enaltece la vieja "...idea aristotélica de que ninguna regla puede regular su propia aplicación[23]". En apoyo a este punto de vista Habermas argumenta que "...un estado de cosas conforme con la regla sólo se constituye por venir descrito en conceptos de una norma que se aplica a él, mientras que el significado de la norma sólo cobra concreción al aplicarse ésta a un estado de cosas que (por venir descrito en conceptos de la norma) le resulte específico[24]".

No hay objeción a este punto de vista, como tampoco la hay a lo que líneas adelante Habermas agrega, respecto a que "...una norma sólo puede

---

[22] Habermas, p. 268.

[23] *Ibídem.*

[24] *Ibídem.*

tener como posibilidad «aprehender» una situación compleja del mundo de la vida en términos selectivos, es decir, en la perspectiva de las relevancias que la propia norma se encarga de fijar previamente, mientras que el estado de cosas constituido por la norma nunca agota el vago contenido semántico de una norma general, sino que a su vez lo hace valer de forma selectiva..."[25]. En esto no hay discrepancia entre Habermas y Kelsen, ya que éste, al referirse a la norma como esquema de explicitación conceptual, deja claro que la norma no puede sino sólo esquematizar un trozo de la realidad a la cual se le atribuye una significación jurídica, y que no es la facticidad lo que determina que un acontecimiento adquiera un sentido jurídico o antijurídico, sino la norma que se refiere a ese acontecimiento [26]; pero no se puede dejar de reconocer que en lo que se refiere a la riqueza semántica de la norma, Habermas aclara mejor la cuestión que en Kelsen sólo subyace de manera implícita en su *Teoría de la interpretación de la ley*, pues al poner éste el acento en que la «norma» sólo esquematiza y fija «selectivamente» un trozo del complejo mundo social, en tanto que el estado de cosas constituido y regulado por la norma nunca agota su «vago» contenido semántico «de una norma general», sino que por el contrario, de manera circular semánticamente se recrea y selectivamente se hace valer, con lo que incuestionablemente Habermas está señalando a los juristas un nuevo enfoque de análisis: el análisis diacrónico y sincrónico de las normas con relación a su riqueza semántica.

En abono a la postura del positivismo jurídico —seleccionados como sus representantes los nombres de Hans Kelsen y H. L. A. Hart—, y en demérito del escepticismo de los representantes de la Escuela Realista del Derecho que confunde derecho y política, Habermas llama la atención sobre la

---

[25] Ob. cit. p. 269.

[26] *Teoría pura*, p. 17-18.

situación de que a diferencia del realismo jurídico, el positivismo jurídico sí establece una clara demarcación entre derecho y política, también resalta el hecho de que los positivistas, a diferencia de los realistas, conceden importancia a la función de estabilización de las expectativas de los sujetos a través del derecho, pero les reprocha la falta de racionalidad a las decisiones judiciales. No obstante, en contrapartida también con los realistas, enaltece el hecho de que "Hans Kelsen y H. L. A Hart subrayan el sentido normativo específico de las proposiciones jurídicas y la estructura sistemática de un sistema de reglas, como es el derecho, que tiene por fin posibilitar la consistencia de las decisiones atenidas a esas reglas y convertir el derecho en algo bien distinto a la política[27]". Pero, según Habermas, tanto Kelsen como Hart se encuentra en desventaja con respecto a los hermenéuticos jurídicos, ya que mientras los primeros "...acentúan la completud y cierre de un sistema jurídico que sería impermeable a principios extrajurídicos"[28], los segundos, como quedó expuesto, no se encuentran ante el riesgo del agotamiento del vago contenido semántico de los esquemas normativos.

No se hará en esta tesis una diferenciación de las concepciones de Hart y Kelsen sobre las nociones de sistema, ni tampoco sobre la interpretación de la ley en Hart; ni sobre los matices específicos del positivismo en que cada uno de éstos se inscriben con relación a los de otros positivistas. No es éste el lugar para ello. Lo único que no es posible dejar de señalar es la errática apreciación de Habermas sobre la supuesta impermeabilidad del sistema kelseniano a los principios o factores metajurídicos, razón por la que, según Habermas, el problema de la racionalidad en estos dos juristas "...queda reducido así en favor de la primacía de una historia institucional

---

[27] Ob. cit. p. 271.

[28] *Ibidem.*

estrechamente circunscrita y purificada de todo fundamento suprapositivo de validez"[29].

Este no es el mismo Kelsen que se percibe en esta tesis, desde luego, según ha quedado expuesto en el transcurso de toda esta larga exposición; si algo no se le puede reprochar a Kelsen es, precisamente, que las decisiones judiciales son para él una simple "...subsunción de un caso bajo la correspondiente regla". Habermas no ve, como muchos otros críticos de Kelsen, que en la *Teoría pura del derecho* hay a la vez una concepción de ciencia jurídica y una concepción de política jurídica, y que ambas, en el transcurso del desarrollo de esta obra, se implican y complican, particularmente en su *Teoría de la interpretación de la ley*. Como tampoco ve Habermas que en Kelsen, la relación entre una norma de jerarquía superior y una de jerarquía inferior —integrantes del mismo sistema, desde luego— es, además de una relación de carácter vinculatorio, una relación indeterminada, espacio que indudablemente puede ser aprovechado por la hermenéutica jurídica para dotar de racionalidad a las decisiones judiciales, a lo que no se opone Kelsen, lo único que dice es que tales decisiones se determinan por un acto de voluntad, como se analizará más adelante.

Se debe decir, sin embargo, que asiste la razón a Habermas en cuanto a que el problema de fondo que en esta tesis se analiza es la «función» sociointegradora del derecho, para lo cual se exige no sólo decisiones judiciales jurídicamente vinculantes, sino además que el derecho sea legitimado y legitimable. ¿Y cómo el derecho puede ser legitimado? La respuesta de Habermas es que esto sólo se logra si los fallos emitidos cumplen a la vez satisfactoriamente "...los requisitos de representar *decisiones*

---

[29] *Ibidem.*

consistentes y de ser racionalmente aceptables"[30]. Y si a esto se añade que el punto de partida de Habermas es la doble delimitación del derecho —como sistema de acción y como totalidad de las interacciones reguladas por las normas jurídicas—[31], lo que a partir de la definición *lato sensu* del derecho de Luhmann, como «subsistema» social que tiene como función la estabilización de las expectativas del comportamiento y el cual se integra con la totalidad de las comunicaciones sociales formuladas con referencia a las normas jurídicas[32], de lo que se deriva la definición de derecho *stricto sensu*, el total de "...las interacciones que no sólo se orientan por el derecho, sino que también se enderezan a producir nuevo derecho y a reproducirlo como derecho[33]. Lo que exige el surgimiento de reglas secundarias para la aplicación del derecho, resulta entonces plenamente comprensible el por qué del rechazo de Habermas a la reducción del problema de la racionalidad en las decisiones judiciales circunscrita a una historia institucional, supuestamente purificada de todo elemento suprapositivo de validez.

Pero esto también hay que decirlo: la crítica de Habermas contra Kelsen no da en el blanco. No hay en Kelsen el menor dejo de completud y cierre de su sistema jurídico, dejando fuera de éste principios y variables extrajurídicos, como lo refiere Habermas en la obra citada y muchos otros. Antes al contrario. Es Kelsen, quien a través de su principio de indeterminación, abre el camino a los nuevos hermenéuticos jurídicos. Por lo visto Habermas llegó a esta conclusión sin considerar la *Teoría de la interpretación* formulada por Kelsen y sin revisar cuidadosamente la *Teoría*

---

[30] Habermas, p. 267.

[31] Ob. cit. p. 264.

[32] *Ibidem.*

[33] *Ibidem.*

pura del derecho en sus diferentes fases de evolución, pues a decir verdad, el Kelsen al que se refiere Habermas no es el de la segunda edición de la *Teoría pura del derecho*, de 1965, en su versión italiana, sino el Kelsen de los *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*, de 1911.

Tampoco es cierto, al menos en Kelsen, como lo afirma Habermas, que "...la interpretación positivista de la práctica de las decisiones judiciales venga a tener por consecuencia que la garantía de seguridad jurídica deje en un segundo plano a la garantía de racionalidad o rectitud normativa"[34]. En la última página de la segunda edición de la *Teoría pura del derecho*, la 356, Kelsen critica severamente lo que en páginas anteriores del Capítulo VIII aparece como una constante desde la aparición de su *Teoría general del estado*, "...la ficción de que una norma jurídica siempre admite sólo un sentido, el sentido 'correcto'. Se trata —escribe Kelsen— de una ficción de la que se sirve la jurisprudencia tradicional para mantener el ideal de la seguridad jurídica"[35]. Y no sólo esto, sino que Kelsen sostiene que ese ideal no es posible que se cumpla a cabalidad, ello debido a que cualquier norma admite una variedad de sentidos. Kelsen no se inscribe en la jurisprudencia tradicional, al contrario, la combate, contra ella elabora su discurso crítico, tan es así que en la parte del texto de la que se ha tomado la anterior cita sostiene que la interpretación científica del derecho no debe caer en la ficción jurídica de la interpretación única. No es Kelsen entonces el constructor de la ficción del mal llamado principio de seguridad jurídica, «principio» con el cual, según Habermas, Kelsen sustituye por el principio de racionalidad.

Finalmente, debe decirse al respecto que no es preocupación teórica de Kelsen la búsqueda de la racionalidad en las decisiones judiciales. Sus

---

[34] Ob. cit. p. 272.

[35] *Teoría pura*, p. 356.

investigaciones están dirigidas a explicar cómo se producen en los hechos las decisiones judiciales, no a la búsqueda de la mejor manera en que éstas pudieran estar dotadas de una mayor racionalidad —lo que sí es una preocupación teórica de Habermas. Y la conclusión de Kelsen, como anticipo a lo que se analizará en posterior apartado, es que las decisiones judiciales se fundan esencialmente en un acto de voluntad, lo que tal vez en algunos casos posea una cierta dosis de racionalidad y en muchos otros no, y no en deducciones lógicas. Hasta aquí la revisión del discurso de Habermas en relación a Kelsen, en el inciso h de este capítulo se volverá de nuevo sobre este autor.

3.2. LAS DECISIONES JUDICIALES Y LA LÓGICA JURÍDICA. Ya analizado el problema sobre el carácter de la relación de determinación que se establece entre dos normas jurídicas, una de inferior y otra de superior jerarquía —en lo mínimo exigible, por supuesto, ya que este tema merece un análisis mucho más amplio y detallado, sobre todo con las inquietudes que deja M. G. Lozano en relación con la postura de Habermas—, y ya revisada además la postura de Habermas sobre el valor de la nueva hermenéutica jurídica para dotar a las decisiones judiciales de racionalidad, a partir de lo que en este autor aparece como una indeterminación absoluta de las normas jurídicas, ahora, en lo que sigue, se expondrá de manera breve cómo desde la lógica jurídica se trata de enfrentar también el problema de la racionalidad de las decisiones judiciales, ello con relación a la postura de Kelsen frente a esta nueva disciplina.

A decir de Mario G. Losano, lo que también coincide con datos que proporciona Metál Aládar en su biografía de Kelsen, los últimos años de este científico del derecho fueron dedicados al estudio de la lógica jurídica y a debatir con los lógicos deónticos la relación entre lógica y derecho. Eso

resulta comprensible, ya que la lógica deóntica (o lógica del discurso normativo) tenía poco de haberse desarrollado, por lo que Kelsen no podía evadir ese debate. Para entonces los años se le habían venido encima, no obstante ello tuvo el vigor suficiente para revisar su hasta entonces desarrollo teórico-jurídico con relación a las posturas de los nuevos lógicos matemáticos, que decían poner sus conocimientos al servicio de la administración de justicia. Con el desencanto de muchos, Losano, quien confiesa que fue el logicismo de la *Teoría pura del derecho* lo que lo llevó a sus estudios de informática jurídica[36], Kelsen después de sus reflexiones —y no sin algunas correcciones— reafirma su postura que había fijado en la segunda edición de su *Teoría pura*, 1960, y aún más en la versión italiana de esta edición seis años después.

Para Kelsen, según lo expone en el capítulo III de su investigación titulada *Derecho y ciencia*, los principios de la lógica son aplicables a las oraciones descriptivas, y sólo de manera indirecta a las oraciones prescriptivas; las primeras son falsas o verdaderas, en tanto que las segundas son válidas o no válidas. Losano bien observa en Kelsen que "..las normas pueden, sin embargo, ser descritas mediante proposiciones: a estas últimas, en cuanto verdaderas o falsas, les serían completamente aplicables los principios lógicos, que, por medio de ellas, se aplicarían indirectamente a las normas objeto de la descripción[37]. Algunas de esas inconsistencias y contradicciones encontradas por Losano sobre la relación entre derecho y lógica[38] no es que Kelsen las haya cometido por su desconocimiento de esta disciplina, la cual,

---

[36] Lozano, G., Mario, *Teoría pura del derecho*, evolución y puntos cruciales, p. 61.
[37] Ob. cit. p. 55.
[38] "En la segunda edición de la Teoría pura del derecho afirmaba que los principios lógicos son aplicables al derecho —escribe M. G. Losano—, mientras que dos años después lo negaba (en un primer momento con referencia únicamente al principio de no contradicción". (Ob. cit. p. 52).

como el mismo Losano refiere, fue el objeto de sus últimas investigaciones entre 1965 y 1970. No es así. Como tampoco lo es que Kelsen no creyera en las verdades de lógica, por supuesto que sí creía en la lógica, en lo que no creía era en que las decisiones judiciales pudieran tener como fundamento las reglas de la inferencia lógica; su tesis que siempre sostuvo es que las decisiones judiciales se derivan de un acto de voluntad más que del conocimiento previo del derecho, pero no de las reglas de la lógica, y que detrás de cada norma hay alguien que impone a otros su poder.

En la correspondencia que Kelsen mantuvo con el lógico alemán Ulrich Klug, entre el 6 de marzo de 1959 al 28 de julio de 1965[39], sostiene que las reglas de la lógica son aplicables al derecho, mas no al derecho entendido como norma. Es decir, en la acepción de derecho analizada en el capítulo cuarto de esta tesis en donde se pone de relieve aspectos de irracionalidad de diferente índole, sino que dichas reglas lógicas son aplicables sólo a la ciencia del derecho, esto es, a la ciencia que estudia las normas jurídicas[40]. Lo que obviamente, aún aceptado por Klug que la lógica es aplicable a la ciencia del derecho, la diferencia entre Kelsen y Klug, es que Kelsen establece una diferencia entre las proposiciones de la ciencia del derecho y las proposiciones de las normas jurídicas, las cuales son objeto de estudio de la ciencia jurídica, y para él sólo a las primeras es aplicable las reglas de la lógica, en tanto que para el lógico alemán l tanto a las primeras como a las segundas proposiciones les son aplicables las reglas de la lógica[41].

No es aventurado suponer que para Kelsen aparecía como muy claro, en sus debates que mantuvo con los lógicos hasta meses antes de su muerte,

---

[39] Ob. cit. p. 58.

[40] *Ibidem.*

[41] *Ibidem.*

que las reglas de la lógica sí son aplicables a las normas jurídicas creadas por el juez o por el legislador; pero *a posteriori*, y no por el juez como parte de proceso de creación de derecho, sino por los lógicos matemáticos o deónticos, ya que los operadores del derecho nada saben de lógica, y menos los jueces. Además éstos ni la necesitan para la emisión de sus resoluciones. Un dato importante es que, al menos en la sociedad mexicana, la lógica deóntica (o de proposiciones normativas) y la hermenéutica jurídica son las grandes ausentes de la *curricula* de las facultades y escuelas de derecho.

Kelsen, en opinión de Mario G. Losano, en la última etapa de su vida se apartó del logicismo que había desarrollado hasta la segunda edición de la *Teoría pura del derecho*, para incursionar en el irracionalismo normativo[42]. Losano dice lamentar la postura de Kelsen consistente en que el silogismo teórico se basa en un acto de pensamiento y el silogismo normativo en un acto de voluntad[43], y que "...al derecho no se aplican ni el principio de no contradicción, ni las reglas de la inferencia"; el razonamiento por analogía y el *argumentum a maiore ad minus* no son los instrumentos propios de una lógica específicamente jurídica —sostiene Kelsen, citado por Losano—, sino únicamente biombos tras los que se ocultan actos de voluntad del juez"[44]. A lo que se refiere Losano con las siguientes palabras: "El logicismo de la teoría pura del derecho, mantenido hasta 1960, se ha disuelto, de esta forma, por completo"[45].

Se considera oportuno reproducir ahora parte del debate sostenido entre Kelsen y el lógico Klug, citado por Losano: después de que Kelsen se ve

---

[42] Ob. cit. pp. 57-62 y ss.

[43] Ob. cit. p. 63.

[44] *Ibidem.*

[45] *Ibidem.*

acorralado por los cuestionamientos de su amigo Klug, respecto a la posibilidad del análisis lógico de las normas con relación a las decisiones judiciales, no le quedó otra salida más que contestar su carta que le había llegado el 9 de julio de 1965 —una anterior Kelsen no la había contestado—[46], en esta misiva Klug argumenta que "...un caso muy moderno de aplicación de las leyes lógicas a las normas es la utilización de ordenadores para la aplicación del derecho, tal como ya ocurre en diversos países [...] En esta aplicación del derecho por medio de una máquina se programan con premisas las proposiciones prescriptivas generales (normas generales). Tras de la introducción de los datos del caso concreto, la máquina proporciona el precepto dirigido al individuo (norma individual) [47]".

A esta carta de Klug, Kelsen ofrece la siguiente réplica: "Sobre el caso citado por usted del empleo de ordenadores para la aplicación del derecho quisiera observar que la construcción del ordenador parte evidentemente del presupuesto de que los principios de la lógica de proposiciones son aplicables a las normas de derecho positivo. Este presupuesto carece de fundamento. En todo caso, aún admitiéndolo, el ordenador no proporciona la norma individual, vinculante para las partes, sino que se limita a decir al órgano competente para la edición de esta norma cuál es la norma individual conforme a la norma general. Si, por algún motivo, este órgano no dicta —con un acto de voluntad—, cuyo sentido es esta norma— la norma indicada por el ordenador, esta no es válida, ni su validez vinculante para las partes puede obtenerse con su razonamiento lógico o con la simple actividad del ordenador"[48]. Y es que para Kelsen, desde los *Problemas capitales* publicada en 1911, parte del

---

[46] Ob. cit. p. 60.

[47] *Ibidem.*

[48] Ob. cit. pp. 60-61.

principio de que "...el derecho objetivo es producto de la voluntad del Estado"[49], y no de "...la voluntad de un poder extraestatal y sobrenatural, como una orden de Dios"[50]. De acuerdo, al derecho que Kelsen en esta obra se refiere es al derecho que con base al principio de división de poderes es creado por el órgano legislativo del Estado, es decir, por el parlamento o congreso, no al derecho que es creado por el órgano jurídico de aplicación del derecho en el proceso de la individualización de la norma general al caso concreto que se presenta, que es el caso en cuestión; pero dos años después de la aparición de los *Problemas capitales*, la evolución del pensamiento kelseniano, que el mismo Losano lo observa en su libro que también se ha venido citando, reconoce que el acto de aplicación del derecho es un acto de creación de derecho, por lo que el juez cumple no sólo una función jurisdiccional sino también legislativa, y por tanto, el derecho entendido éste como sistema de normas se constituye no sólo por las normas generales y abstractas producidas por el órgano legislativo, sino también por las normas jurídicas individualizadas producidas por el juzgador en el proceso de interpretación y aplicación del derecho, normas que para Kelsen se crean por un acto de voluntad —según se ha visto en el debate que éste sostiene con el lógico Klug—, y no con base a las reglas de la inferencia lógica.

Luego entonces, para cerrar este punto, el tema central de la concepción de ciencia jurídica del fundador de la Escuela de Viena es el poder, por lo que de formalista vacuo y de mero constructivista normativista que edificó una norma fundante básica en el vacío, como andamiaje teórico para escapar de la realidad y de los juicios de valor, Kelsen no tiene nada. Una cosa es que Kelsen haya echado mano de los principios lógicos y de las reglas de la

---

[49] Kelsen Hans, *Problemas capitales*, p. 83 y ss.

[50] *Ibidem.*

inferencia lógica para construir su sistema —y nada de esto le era desconocido—, y otra, muy distinta, es que su formalismo jurídico constructivista le haya segado la mirada de gran visionario; y mucho menos que esta su concepción tan sólida de la ciencia jurídica haya apaciguado su espíritu de rebeldía ante las los absolutismos de cualquier tipo, que lo llevó, dicho sea de paso, a descubrir detrás de cada juicio subjetivo de valor con pretensión de validez universal, así como detrás de cada norma, una agazapada voluntad de poder. Así el poder sea tan sagas como para ocultarse detrás de una máquina ordenadora de los principios deónticos, como, palabras más, palabras menos, lo refiere Correas al analizar este mismo debate.

3.3. La Imposibilidad De La Interpretación Única. Y ante la indeterminación intencional o no intencional de la normativa jurídica de jerarquía inferior que caracteriza a todos los actos jurídicos, independientemente de que ésta sea de creación de derecho o de mera ejecución mediante el cual el derecho es aplicado, no hay ninguna posibilidad para la única interpretación correcta. Lo único que existe es «el mito de la única interpretación correcta». Sea o no intencional la indeterminación, lo único que es posible que resulte como consecuencia de ésta es que en todos los casos el juez no sólo interpreta y aplica el derecho, sino que también crea derecho; a partir de la constatación de este hecho empíricamente contrastable, Kelsen sostiene la tesis de que "...el derecho por aplicar constituye sólo un marco dentro del cual están dadas varias posibilidades de aplicación, con lo cual todo acto es conforme a derecho si se mantiene dentro de ese marco, colmándolo en algún sentido posible"[51]. [...] Por lo tanto, la interpretación de

[51] *Teoría pura*, p. 351.

una ley no conduce necesariamente a una decisión única, como si se tratara de la única correcta, sino posiblemente a varias, todas las cuales —en tanto son cotejadas solamente con la ley que haya de aplicarse— tienen el mismo valor, aunque sólo una de ellas se convertirá en derecho positivo en el acto del órgano de aplicación de derecho, en especial, el acto del tribunal"[52]. Una de ellas que no puede ser otra más que la que el juez o la autoridad administrativa, por un acto de voluntad, elige entra varias; no puede ser de otra manera.

Kelsen critica con severidad los inútiles esfuerzos invertidos por los juristas tradicionales en querer encontrar, en las teorías existentes sobre la interpretación de la ley, algo más que una posibilidad. La de poder determinar objetiva y racionalmente el marco que expone el derecho que ha de ser interpretado, lo que conduce necesariamente al conocimiento de varias posibilidades válidas dadas dentro de ese marco[53]. Critica a quienes creen poder encontrar un método seguro de interpretación —sobre lo que aunque desde otra perspectiva, también se refiere Cisneros Farías en su libro sobre La interpretación de la ley—, un método seguro que sea capaz de resolver de manera absoluta y definitiva, correcta y objetivamente válida, el conflicto entre «voluntad» y «expresión», «voluntad» la del intérprete que bajo la motivación de sus juicios de valor —con pretensión de validez universal—, entre muchos otros factores—, es impulsado a elegir una de entre varias interpretaciones correctas, asignándole el calificativo de la «única correcta», y «expresión», la del sentido de los signos lingüísticos de la norma atribuida por el legislador y sujetos a interpretación, en donde indefectiblemente el intérprete elige los significados que mejor se acomodan a su concepción del

---

[52] Ob. cit. p. 351-352.

[53] *Ibidem.*

mundo, a su ideología, a su posición de clase, a sus presupuestos morales y religiosos, entre muchos otros factores, y tal vez no los que objetivamente corresponden a la comprensión de los hechos litigiosos. Luego, entonces, refiere Kelsen con mayor énfasis, la existencia de un método de interpretación de la ley "...caracterizable jurídicopositivamente, según el cual uno entre varios significados lingüísticos de una norma pueda ser designado como el 'correcto'; suponiendo, naturalmente, que se trate de varios posibles, es decir, que se trata de posibles interpretaciones del sentido en conexión con todas las otras normas de la ley o del orden jurídico..."[54], es, para el fundador de la Escuela de Viena, tan sólo una ilusión.

Y para no dejar dudas sobre la única salida que posee el antes aludido conflicto entre voluntad y expresión que jamás se ha podido resolver, Kelsen formula una alternativa que coloca en el centro del debate las relaciones e implicaciones entre la *quaestio facti* y la *quaestio iuris*: ¿es la interpretación de la ley un acto de conocimiento o un acto de voluntad? A lo que contesta: "La representación en que se funda la teoría tradicional de la interpretación, a saber: que la determinación del acto jurídico por cumplirse, no efectuada por la norma jurídica por aplicar, pueda obtenerse mediante alguna especie del conocimiento existente, es un autoengaño lleno de contradicciones, en cuanto es contrario a los presupuestos de la posibilidad de una interpretación"[55].

Más contundente aún, con lo que Kelsen no deja duda sobre las implicaciones de la política jurídica en la *Teoría pura del derecho* —lo cual sus críticos se han encargado de silenciar—, ni mucho menos deja en entredicho su concepción neokantiana sobre la constitutividad de las decisiones judiciales que implican la aserción que expresa la sentencia del

---

[54] *Teoría pura*, p. 352.

[55] Ob. cit., p. 353.

juez y las aserciones que expresan la *quaestio iuris y la quaestio facti*, éste, de inmediato, establece con meridiana claridad, y como fundamento de su *Teoría de la interpretación*, lo siguiente:

"La pregunta de cuál sea la posibilidad 'correcta', en el marco del derecho aplicable, no es —según los supuestos previos— ninguna pregunta dirigida al conocimiento del derecho positivo, no es una pregunta teórica-jurídica, sino que es un problema político[56]". Es decir, la interpretación de la ley como proceso que involucra un cúmulo de aspectos metajurídicos y no sólo, como se pretende hacer creer, conocimientos previos del derecho: juicios de valor, concepciones ideológicas, políticas, religiosas, etc., todo lo cual definitivamente influye de manera preponderante en el juzgador para decidir sobre una entre varias posibles interpretaciones correctas, por más que por razones políticas e ideológicas se diga que es una sola, es algo que como se ha venido insistiendo, en el pensamiento kelseniano corresponde a la política jurídica y no a la ciencia jurídica.

Expresamente Kelsen expone lo anterior de manera muy clara, después de haber dejado asentado que la producción de una norma jurídica individualizada por el juez es una función volitiva[57]; apunta con rigor que "...en la aplicación de la ley, por añadidura de la determinación necesaria del marco dentro del cual debe cumplirse el acto que se efectuará, puede tener lugar una actividad cognoscitiva del órgano de aplicación, no se trataría de un conocimiento del derecho positivo, sino de otras normas que pueden desembocar aquí en el proceso de producción de derecho: normas morales,

---

[56] Ibídem.

[57] *Teoría pura*, p. 353-354.

normas de justicia, juicios de valor sociales, etc., que se suele denominar con rótulos tales como: 'bien común', 'interés del Estado', 'progreso', etc.[58].

Pero no obstante todo lo anterior las cosas se hacen aparecer de otra manera. A pesar de que la interpretación de la ley es más un acto de voluntad política, en los términos que se exponen en el siguiente inciso, que de conocimiento previo del derecho, en la práctica de los operadores del derecho ese acto de voluntad política del intérprete que determina el sentido de la norma que se ha de aplicar, se hace aparecer como si fuera la «voluntad» del legislador desentrañado de la norma que se aplica o se solicita que se aplique, esto por una parte, y por la otra, ese acto de voluntad del juez tiene en la creencia de que sólo es posible una sola interpretación correcta de la ley una alta dosis de ingrediente ideológico, por medio del cual se posibilita hacer aparecer juicios de valor como si fueran juicios de hecho, o como si los juicios de valor del intérprete también fueran datos de la realidad. Tal creencia, auténtica o fingida, cumple varias funciones: entre otras proporciona justificación, seguridad y certeza al interprete de la ley, a la comunidad jurídica y a los justiciables, como lo señala el mismo Kelsen. Pero sobre todo seguridad, una seguridad y certeza llena de pragmatismo y dogmatismo, en la mayoría de los casos. Por supuesto, esto vale para todos los operadores del derecho, no sólo para los que cumplen las funciones en las esferas jurisdiccional y de procuración de justicia.

3.4. NORMAS JURÍDICAS Y NORMAS POLÍTICAS. No obstante todo lo anteriormente expuesto, en las facultades y escuelas de derecho se sigue sostenido la idea de que la política debe proscribirse del derecho, retirarse del

---

[58] Ob. cit. p. 354.

"Esta elección es una función política en la medida en que no está determinada por una norma superior legal[61]". Se abre un paréntesis aquí para llamar la atención sobre lo ya expuesto en el Capítulo Tercero, referente a que, como se deriva de la anterior cita, si la norma fundante básica es presupuesta y no impuesta por ninguna autoridad política, por lo que obviamente no está determinada por una norma legal superior, entonces, como consecuencia lógica, ésta tiene que ser determinada necesariamente por factores políticos metajurídicos, entre los que predominan los de naturaleza política. Volviendo al punto, la argumentación kelseniana concluye de la siguiente manera: "Si la elección entre los distintos significados de una norma legal no viene determinada por una norma legal superior —lo que como quedó establecido, esta determinación jamás puede ser de manera absoluta—, está determinada por normas que no son legales, es decir, por normas políticas. Por tanto, puede decirse que la interpretación auténtica de la ley por parte de la autoridad legal es una interpretación política"[62].

Hasta aquí la argumentación en *Ciencia y política* que, la cual indudablemente refuerza la precitada de la *Teoría pura del derecho.* Pondérese ahora la diferenciación que establece Kelsen —que ha quedado expuesto en el capítulo segundo de esta tesis— entre la naturaleza de las normas integrantes de los sistemas jurídicos y las normas integrantes de los sistemas políticos.

A las normas jurídicas se les exige, como condición de su validez, no la constatación de un hecho empírico. Ni tampoco que posean un contenido determinado, sino otra «norma» perteneciente al mismo sistema, la cual representa su fundamento de validez, pero además, que hayan sido producidas

---

[61] *Ibidem.*

[62] *Ibidem.*

de una determinada manera por el órgano político del Estado facultado por la ley para ello, y, en última instancia —desde la perspectiva de Kelsen—, que hayan sido creadas de la manera determinada por una norma fundante básica presupuesta[63]. A las normas políticas, en cambio, nada de esto se les exige para que sean válidas para quienes, en su «querer» y «actuar» en la búsqueda del logro de sus fines, las asumen como propias. El fundamento de validez de las normas políticas está en la ética, no en una norma jurídica ni en una norma fundante básica; tampoco, a diferencia de las normas jurídicas, las normas políticas se encuentran debidamente clasificadas y codificadas, sino en los documentos y programas de acción política de los partidos o de los grupos sociales que las asumen como propias.

Esto constituye una importante aportación de Kelsen a la *Teoría política*, la cual no ha sido lo suficientemente valorada. El sustentante lo ha podido constatar en la experiencia que tuviera por más de 21 años en el aula y en encuentros con politólogos y sociólogos, que como consecuencia del desempeño de esa función tuvo la oportunidad de tener. El dato recogido, aún no vinculado a otros para su procesamiento, consiste en que en materia de *Teoría política* unos orientan sus estudios fundamentalmente al fenómeno del poder, soslayando el aspecto normativo; y otros más, que enfocan sus análisis al fenómeno del Estado, desbordan en lo meramente normativo jurídico, soslayando el fenómeno del poder.

Kelsen, en cambio, sin excluir del núcleo de la problemática de la *Teoría política* el fenómeno del poder ni el del Estado como entidad normativa —aunque sus detractores han hecho de su principio de identidad Estado-derecho una caricatura, una fórmula estereotipada que supuestamente

---

[63] *Teoría pura*, p. 205.

denota el carácter ético del Estado, lo que no es tema de esta tesis, y sí en cambio ha sido el favorito de sus detractores y apologistas— trata de identificar en los fenómenos políticos los fundamentos de validez éticos que dan sustento los sistemas normativos políticos. Contrario al optimismo de Rousseau para quien el hombre es bueno por naturaleza pero es la sociedad la que lo corrompe, para Kelsen, igual que para Hobbes, es el deseo del uno de invadir el espacio de otros lo que motiva el surgimiento de los sistemas normativos, por lo que si existe duda respecto a si el hombre es un ser racional, de una cosa no hay duda: el hombre es un ser normativo.

3.5. LA INTERPRETACIÓN CIENTÍFICA DEL DERECHO Y LA INTERPRETACIÓN QUE REALIZAN LOS ÓRGANOS DE APLICACIÓN DEL DERECHO. Pero a pesar de que insistentemente Kelsen hace referencia, en distintas partes de su obra, en el carácter político que caracteriza la elección del sentido de una norma jurídica que se ha de aplicar a un caso concreto, razón por la cual en el proceso de interpretación y aplicación del derecho el juez cumple una función política, y razón por la cual también el problema de la interpretación de la ley es un problema planteado a la política jurídica y no a la ciencia jurídica, al final de su *Teoría pura del derecho*, en las últimas dos páginas del Capítulo VIII que se refieren al subtítulo "La interpretación en la ciencia del derecho", deja abierta la posibilidad, como fue dicho anteriormente, de que independientemente de la confluencia de juicios de valor y juicios de hecho en el acto de interpretación y aplicación del derecho, este tema —el de la interpretación del derecho— pueda ser tratado científicamente.

Ahora bien, lo que distingue a la interpretación científica del derecho de la interpretación que realizan los órganos jurídicos de aplicación del derecho,

es que en esta última, "...la interpretación cognitiva del derecho aplicable se enlaza con un acto de voluntad en el cual el órgano de aplicación de derecho efectúa una elección entre las posibilidades que la interpretación cognoscitiva muestra"[64], en tanto que la primera, como con posterioridad se analizará, la interpretación es, y no otra cosa, una mera determinación cognoscitiva del sentido de las varias posibles interpretaciones de las normas jurídicas aplicables a un caso concreto, en la cual, por tanto, no hay lugar para la volición, porque de la volición sólo hace uso quien por ley está facultado para interpretar y aplicar el derecho.

Véase en detalle la interpretación que realizan los órganos jurídicos de aplicación del derecho: el acto que se realiza por el intérprete en este tipo de interpretación es un acto esencialmente volitivo, es decir, de voluntad. Esta interpretación denominada por Kelsen «interpretación auténtica», en el sentido de que ésta adquiere la forma de ley por su carácter de generalidad y abstracción, crea derecho —generalmente conocido por jurisprudencia—, sentido que no pocas veces se configura al margen del marco jurídico que supuestamente da sustenta la norma aplicable, lo que demuestra el carácter también legislativo del órgano jurisdiccional; pero en los casos en que la creación de derecho de los órganos jurídicos de aplicación de derecho sea aplicable sólo a un caso concreto —a través de una norma jurídica individualizada que adquiera el carácter de cosa juzgada—, y no a todos los casos semejantes que se presenten, no es válido, en la acepción kelseniana, hablar de interpretación auténtica[65]. Cabe recordar que el significado de interpretación auténtica propuesta por Kelsen, la cual sólo la pueden realizar

---

[64] *Teoría pura*, p. 354.

[65] *Ibidem*.

los órganos jurídicos facultados expresamente por la ley, es enteramente distinto a la calificada en esta tesis como el mito de la interpretación auténtica, muy lejana de la plantea Kelsen. También es válido recordar que ha quedado establecido por el sustentante que el término más apropiado para referirse a lo que Kelsen llama interpretación auténtica, es el de interpretación legal.

Volviendo al punto sobre la interpretación científica del derecho, con relación con su diferencia con la que realizan los órganos jurídicos de aplicación del derecho, se observan por lo menos las siguientes notas distintivas. En primer lugar, la que realizan los órganos jurídicos de aplicación del derecho crea derecho, en tanto que la interpretación científica del derecho no crea derecho, su función —como lo refiere Kelsen— es meramente cognitiva; o en otros términos, la primera es una interpretación auténtica, y no así la segunda. A la interpretación científica del derecho le es dado solamente exponer descriptivamente los diferentes sentidos que se expresen en una norma jurídica. "Como conocimiento de su objeto, no puede adoptar ninguna decisión entre las posibles expuestas, teniendo que dejar esa decisión al órgano jurídico competente[66]". Tal es la postura de Kelsen, la que solidifica con la siguiente argumentación:

"El abogado que, en interés de su parte, sólo invoca ante el tribunal una de las varias interpretaciones posibles de la norma jurídica aplicable al caso; el escritor que en su comentario caracteriza una determinada interpretación, entre varias posibles, como la única 'correcta', no cumple una función cintífica-jurídica, sino una función jurídico-política. Trata de ganar influencia sobre la producción de derecho. Naturalmente ello no les puede ser negado. Solo que

[66] *Teoría pura*, p. 356.

no deben hacerlo a nombre de la ciencia del derecho, como suele suceder con harta frecuencia[67]".

Sin embargo estas palabras siguen retumbando en el vacío, sigue prevaleciendo la idea de la interpretación única, y esto es sobre lo que se machaca en las escuelas y facultades de derecho porque esto es, como el mismo Kelsen lo señala, lo que proporciona seguridad jurídica, y confianza, desde luego. Una seguridad y una confianza que entraña la simpleza y sólo se nutre de sencillos credos en blanco y negro. Y aquí no se hace referencia al ciudadano común, sino a los operadores del derecho, entre los cuales, como los abogados, tienen todo el derecho de invocar ante el juez o ante la opinión pública la interpretación del derecho que favorece a los intereses de sus defendidos; pero faltan a la honestidad intelectual —siguiendo a Kelsen— cuando lo hacen a nombre de la ciencia jurídica, y no en nombre de la política jurídica que defienden.

3.6 FACTICIDAD Y VALIDEZ. Si se acepta la tesis que se ha venido defendiendo: que en el sistema kelseniano es la *Teoría de la interpretación de la ley* donde confluyen la ciencia jurídica y la política jurídica, es decir, donde se reconcilian los juicios de valor y los juicios de hecho (el Sollen y el Sein), y en donde finalmente los elementos que le son extraños al derecho —excluidos inicialmente bajo criterios de pureza metodológica[68]— también confluyen en el acto de interpretación y aplicación del derecho, luego, entonces, no es posible la aceptación de la tesis de Habermas sobre Kelsen, según la cual el positivismo jurídico kelseniano, en contraposición con la postura de los hermenéuticos jurídicos que miran hacia el contexto, invierte

---

[67] *Ibidem.*

[68] *Teoría pura*, p. 15.

vanos esfuerzos en la búsqueda de una completud y cierre de un sistema jurídico impermeable a principios extrajurídicos. En esta manera de concebir el derecho, escribe Habermas, refiriéndose al sistema kelseniano: "La vinculación de la validez del derecho a su génesis sólo permite una solución asimétrica del problema de la racionalidad. La razón o la moral quedan subordinadas a la historia. De ahí que la interpretación positiva de la práctica de las decisiones judiciales —según Habermas, postura que quedó analizada en un punto anterior— venga a tener por consecuencia que la garantía de seguridad jurídica deje en un segundo plano a la garantía de racionalidad o rectitud normativa"[69], con lo que desde el punto de vista de este autor, "...el problema de la racionalidad queda decidido así en favor de la primacía de una historia institucional estrechamente circunscrita y purificada de todo fundamento suprapositivo de validez[70]".

Es inaceptable este punto de vista porque, como ha quedado demostrado recurriendo al discurso del mismo Kelsen, no es cierto que en el sistema kelseniano «el principio de la racionalidad de las decisiones judiciales» se privilegie en detrimento del «principio de seguridad jurídica», por lo que resulta ser falso, como en líneas adelante se demostrará, que en el referido sistema, la relación entre validez del derecho a su génesis factual en el contexto de las decisiones judiciales conlleva necesariamente solución asimétrica del problema de la racionalidad. Habermas da en el blanco cuando refiere que "...no basta conque pretensiones en conflicto se transformen en pretensiones jurídicas y por vía de una demanda ante los tribunales se decidan de forma jurídicamente vinculante..."[71], sino que, además de lo anterior y de

---

[69] Habermas, p. 272.

[70] Ob. cit. p. 271.

[71] Habermas, p. 267.

manera fundamental, es necesario que "Los fallos emitidos, para cumplir la función sociointegradora del derecho que ha de ejercer el orden jurídico [...], han de cumplir a la vez los requisitos de representar *decisiones consistentes* y de ser *racionalmente aceptables*"[72], es esta una necesidad urgente que deberían atender los gobiernos, en donde de manera particular los conflictos jurídicos en los que se ven involucrados agentes del Estado en actos de corrupción —al menos en el caso de México donde con facilidad pueden ser verificables eventos de este tipo—, son solucionados priorizando exigencias formales y de seguridad jurídica, pero no, en lo más mínimo, el principio de racionalidad, por lo que en términos de Habermas el derecho no logra su legitimación y por tanto tampoco cumple su función «sociointegradora» que le corresponde. Pero, en contrapartida de este acierto, Habermas falla en el blanco cuando ve en el sistema kelseniano un obstáculo para el desarrollo de la hermenéutica jurídica, con lo que ciertamente sería posible dotar a las decisiones judiciales con una alta dosis de racionalidad, cuando que como ha quedado también demostrado, es Kelsen, quien al concebir los aspectos diacrónicos y sincrónicos de la producción normativa del derecho, aspectos de los cuales se deriva la producción de normas jurídicas individualizadas como producción de derecho, y además, al concebir la determinación de obligación entre una norma de jerarquía superior con respecto a la inferior sólo como una determinación relativa —no absoluta, como en las doctrinas sobre la interpretación dominantes—, indudablemente con ello Kelsen abre al camino a los hermenéuticos jurídicos cuya contribución se proporcionaría una alta dosis de racionalidad a las decisiones judiciales.

---

[72] *Ibidem.*

Visto lo anterior, y con el propósito de fortalecer la argumentación a favor de que la *Teoría de la interpretación de la ley* en Kelsen constituye la categoría de mediación entre facticidad y validez en el sistema kelseniano (hipótesis 5), ahora se pasará a analizar dos conceptos hasta ahora implícitamente referidos en esta tesis, los de facticidad y validez. Antes de ello permítase una aclaración: en esta tesis se hace uso del término «facticidad» en vez de «positividad», concepto que es de mayor uso por los juristas y los operadores del derecho, ello por considerarlo más apropiado, ya que el concepto «positividad» por lo general conduce a confusiones o trampas que hacen caer en posturas *iusnaturalistas* sin tener que referir el lugar del habla para asumirlo conscientemente. Es decir, el lugar donde, a nombre la verdad, los juristas que se inscriben en la susodicha corriente construyen sus discursos sobre el derecho y la juridicidad, como el de García Máynez que enseguida se expone, la cual, dada la ausencia de la crítica en los salones de clase, con frecuencia se cae sin saber si se trata de un error o de una trampa.

Sostiene este autor que los conceptos de "*...derecho vigente y derecho positivo* suelen ser empleados como sinónimos[73]". Y desde luego, él considera incorrecta esta equiparación, pues asegura que "...no todo derecho vigente es positivo, ni todo derecho positivo es vigente. La vigencia —escribe— es un atributo meramente formal, el sello que el Estado imprime a las reglas jurídicas consuetudinarias, jurisprudenciales o legislativas sancionadas por él. La positividad —y esta es la diferencia que percibe García Máynez— es un hecho que estriba en la observancia de cualquier precepto, vigente o no vigente[74]". Por supuesto, García Máynez parte del supuesto de que a parte del

---

[73] García Máynez, Eduardo, *Introducción al Estudio del derecho*, p. 38.

[74] *Ibidem.*

derecho positivo hay otro derecho, quizá no positivizado por el Estado pero sí vigente en la población, el Derecho Natural. En esta tesis se sostiene un punto de vista contrario, todo derecho positivo, independientemente de que posea o no facticidad, es derecho vigente, hasta en tanto formalmente no se derogue por el órgano competente del Estado sujetándose para ello a lo previsto previamente en la ley.

Para reafirmar lo antes dicho, con el término facticidad, de *factum*, que significa hecho, acción, empresa, actos de conducta, etc., se hace referencia a la observancia del derecho en cualquiera de sus formas, ya sea que los individuos (o sujetos de derecho), bajo la amenaza de la sanción o porque internamente se identifican con el contenido del mandato, voluntariamente decidan acatar las disposiciones normativas jurídicas; o bien porque de oficio o a instancia de parte los órganos jurídicos de aplicación del derecho obliguen a que esas disposiciones atributivo-imperativas se cumplan. En cualquiera de los supuestos, la facticidad u observancia del derecho nunca podrá ser en términos absolutos, sino sólo relativa, pues una de las características más importantes de las normas sociales, entre ellas las jurídicas, es que éstas no se cumplen de una manera indefectible, como si se tratara de leyes de la naturaleza.

La existencia de la «facticidad jurídica», en mayor o menor grado, sólo es posible en el contexto de la «vigencia» y «validez» de un orden de la conducta humana, es decir, de un conjunto de normas jurídicas relacionadas entre sí que poseen como fundamento de validez y de coherencia una norma fundante básica, en términos kelsenianos[75]; o como "...un conjunto de normas imperativo-atributivas que en una cierta época y en un país determinado la

---

[75] Ob. cit. pp. 201-204 y ss. Véase también a Kelsen en *Teoría General de Derecho y del Estado*, pp. 3-4.

autoridad política declara obligatorias[76]", definición que aporta García Máynez en la que se elude el problema de la validez, el cual trata en otra parte de su *Introducción al Estudio del derecho* y en otras de sus obras. Ahora bien, desde la perspectiva kelseniana el derecho vigente y válido no es otro más que el que crea el Estado, la creencia en un Derecho Natural, cuyos principios supuestamente se derivan de la razón y son considerados eternos, inmutables y válidos para todas las épocas y todas las sociedades, y en los que para los iusnaturalistas se debe fundar el derecho positivo, es algo que para los fines de esta exposición no tiene cabida.

Como se podrá observar, de lo antes expuesto se desprende que existe una relación estrecha entre los conceptos de «facticidad», «vigencia» y «validez»; habrá que dilucidar estos conceptos, pues de ello depende la comprensión —y por supuesto, la aceptación— de la función que desempeña la interpretación de la ley como categoría de mediación entre facticidad y validez que aquí se venido argumentando a favor, pues, indudablemente, la realización de la facticidad jurídica en mayor o menor grado requiere de la vigencia y de la validez del derecho.

Que un orden jurídico sea vigente o que una norma jurídica posea vigencia, etc., significa que ese orden jurídico y/o esa norma jurídica, han sido promulgados debidamente por el órgano o los órganos del Estado facultados expresamente para crear derecho, para lo cual se deben cumplir todas las exigencias legales determinadas por el mismo derecho, pues como lo refiere Kelsen, el derecho regula su propia creación. Los requisitos formales y materiales del proceso de creación de leyes pueden variar de un sistema

---

[76] Ob cit. p. 37.

normativo a otro, pero independientemente de cuáles sean éstos, se han de cumplir como condición de la vigencia del derecho.

Cabe recordar que muy distinto a lo que generalmente se cree, el proceso de creación de derecho no es privativo del órgano legislativo, sino también, aunque con mayores restricciones —a diferencia del legislativo que pose un mucho mayor ámbito de libertad— del los tribunales y los órganos administrativos facultados para interpretar y aplicar el derecho; en efecto, los órganos jurídicos de aplicación del derecho también crean derecho, aunque no siempre, como se ha referido en páginas anteriores, con el carácter de generalidad y abstracción que caracteriza a las normas jurídicas.

La creación de una norma jurídica individualizada, por ejemplo, sólo vincula al sujeto sobre el cual el juez emite su sentencia, en tanto que la jurisprudencia que emite la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el caso de México, es de observancia general para todos los casos similares que se lleguen a presentar. ¿Pero en sí, cuándo inicia la vigencia de un mandato legal? Si se trata de la creación de derecho por el órgano legislativo del orden jurídico mexicano, muy parecido a otros, el inicio de la vigencia de un mandato legal comienza a partir del momento señalado por la misma ley en su respectiva publicación que debe hacerse en el Diario Oficial de la Federación, de lo contrario esa norma no es válida; pero si se trata de la creación de derecho de los órganos de aplicación del derecho, la vigencia comienza cuando cause ejecutoria la sentencia emitida por la autoridad jurisdiccional competente, cuyo términos y requisitos son también establecidos por el mismo derecho.

Vigencia y validez son conceptos diferentes, pues el hecho de constatar que una norma jurídica posee el atributo de la vigencia no significa que por ese hecho necesariamente también tenga el de la validez. Es cierto que la

vigencia es una condición de la validez, pues sin vigencia no puede haber validez alguna —a no ser que se profesen posturas iusnaturalistas. Pero a su vez, la «validez» es condición de la «vigencia», ya que una norma jurídica declarada no válida por el órgano de aplicación del derecho deja de ser vigente para quien obtiene esa sentencia, al menos desde la perspectiva de Kelsen, la postura iusnaturalista aquí no está sujeta a análisis. Es cierto también que tanto la vigencia como la validez son vinculantes, es decir, que establecen una relación jurídica de obligatoriedad, pero entre estos conceptos hay la siguientes diferencias y semejanzas: a) ambas derivan de una serie de supuestos formales jurídicamente establecidos; b)ambas también tienen lugar en una época y en un lugar determinado; pero mientras la «vigencia» es verifidable empíricamente, la «validez» no es verificable de esta misma manera, pues como se ha hecho referencia, la validez de una norma jurídica no se determina por la verificación de hecho empírico, sino que se determina por la validez de otra norma jurídica de jerarquía superior perteneciente al mismo sistema, además de que esa norma haya sido producida de una determinada manera por la autoridad política competente prevista por el derecho positivo, y como condición final la validez se establece por la determinación de una norma fundante básica presupuesta.

O en palabras del propio Kelsen, para repetirlo una vez más, "...una norma jurídica no vale por tener un contendido determinado; es decir, no vale porque su contendido pueda inferirse, mediante un argumento deductivo lógico, de una norma fundante básica presupuesta, sino por haber sido producida de una determinada manera, y en última instancia, por haber sido producida de la manera determinada por una norma fundante básica

presupuesta[77]". Sí ¡pero Kelsen no hace referencia alguna al problema de la validez metajurídica desde la perspectiva de la metafísica jurídica! Reproche recurrente, por que supuestamente este autor evade, y con insistencia se afirma que el problema de la validez jurídica que corresponde resolver a la ciencia jurídica queda relegado en la *Teoría pura del derecho*. A este reproche se responde en esta tesis, como ya se ha hecho en otros contextos, que no es cierto que Kelsen sólo atiende el problema de la validez del ámbito de la técnica jurídica, que también resuelve el problema de la validez metajurídica, sólo que no lo hace a partir de la metafísica jurídica, sino que hecha mano de la teoría política y la filosofía política, todo lo cual finalmente concurre en la norma fundante básica presupuesta. Desde este punto de vista, hay en Kelsen dos distintos niveles de análisis como se resuelve el problema de la validez, el primero corresponde a la esfera de la ciencia jurídica, en la cual se resuelve el problema de la validez técnica del derecho, para ello Kelsen incorpora a su sistema la *Teoría de los grados* desarrollada por Adolf Merkel, y la del segundo nivel, que corresponde a la validez metajurídica de las normas de derecho, se resuelve a través de la norma fundante básica.

3.7. FACTICIDAD, EFICACIA Y LEGITIMIDAD. Otro tanto se tiene que decir de las relaciones entre los conceptos «facticidad», «vigencia», «validez», «efectividad» y «legitimación». De entrada habrá que decir que el análisis de estos conceptos requiere necesariamente, en primer lugar, de la asunción de una postura filosófica, y en segundo, de una visión más o menos completa de la teoría de la ciencia; además de por lo menos la comprensión básica de ciertos conceptos sociológico-jurídicos, vinculados éstos a la teoría jurídica.

---

[77] *Teoría pura*, p. 205.

Ahora bien, por más que estos conceptos sean parte de la herramienta diaria de los operadores del derecho que cotidianamente lidian con los problemas sociales que tienen que ver con el derecho, y en donde ciertamente a veces no se les encuentran aplicación, o bien no encuadran las pre-concepciones configuradas tan sólo a partir del sentido común teórico de los juristas, vale señalar que los teóricos del derecho o los juristas, *stricto sensu*, no tienen porque descender a la esfera del *sensu común*, a no ser para la recolección de datos para su posterior procesamiento, lo que al parecer lo sugiere Leticia Bonifaz Alfonso con apoyo en Genaro Carrrió y Rolando Tamayo[78]. Antes al contrario. Son los operadores del derecho los que, para el mejor desempeño de su función, tienen que ascender al nivel de los juristas, pues si bien es cierto que los juristas y filósofos del derecho deben considerar para la elaboración de sus conceptos y teorías los cambios que se producen en la esfera de lo social —y de no hacerlo sus conceptos y teorías serán rebasadas por la realidad—, también lo es, y con muchas más razones, que son los operadores del derecho quienes para el mejor desempeño de su funciones tienen que ascender a las esferas de la filosofía y de la teoría de la ciencia, es decir, al conocimiento de las matrices en las que se elaboran las herramientas conceptuales de que hacen uso en su desempeño.

Hecha esta observación, ahora véase la relación que media entre los conceptos de «eficacia», «validez» y «legitimación». El concepto de legitimidad ha adquirido carta de ciudadanía en la *Teoría sociológica* y en la *Teoría política*, en términos generales este concepto hace referencia a la justificación del poder, es decir, a dar cuenta de la razón del uso del poder. La sociología comprensiva de Weber es exhaustiva en la descripción tipológica

---

[78] Bonifaz Alonso, Leticia. *El problema de la eficacia en el derecho*, Ed. Porrúa, 2ª edición, México, 1999, pp. 1-2.

de legitimidad de orden y de las formas de legitimidad[79]; la legitimación, señala Weber, se puede obtener por diferentes vías, el derecho es una de ellas. Más adelante, en este mismo inciso, se verá la relación entre legitimidad y eficacia. Y por su parte, el concepto de «eficacia», a diferencia del de «vigencia» que como ya se dijo connota un proceso formal que da origen a la norma, hace referencia a la cualidad de una norma o de un orden jurídico, con relación a los resultados que de la norma o del orden jurídico espera el legislador. Dicho esto en un contexto más amplio, la efectividad o la eficacia se refiere, como lo señala Leticia Bonifaz, después de su inventario sobre los principales usos de este concepto, se refiere: "1) a la aplicación de la norma; b) a su obediencia, cumplimiento, acatamiento, observancia o aceptación y 3) a la realización de sus efectos o al cumplimiento de sus fines o propósitos"[80]. Si, como se desprende de lo anterior, la eficacia tiene que ver con el cumplimiento y obediencia de la norma ¿podría afirmarse, entonces, que los conceptos de «facticidad» y «efectividad» se refieren a lo mismo, o significan lo mismo? La respuesta es no, en el sentido de que el concepto «eficacia», en un menor o mayor grado, es una posibilidad, en tanto que el concepto de «facticidad» se refiere específicamente al despliegue de esa posibilidad, o a su estado actual; dicho de otra manera, la eficacia es condición de la facticidad, es decir, de la realización del supuesto hipotético establecido en la norma. La diferencia de estos conceptos, entonces, salta a la vista; pero no obstante ello, salta a la vista también los vínculos que se establecen entre estos dos conceptos, los cuales ciertamente se puede confundir.

Con Kelsen, después de establecerse con claridad la diferencia entre validez y efectividad, donde no se deja duda de que la validez hace referencia

---

[79] Weber, Max, pp. 27-44, y 170-204.

[80] Ob. cit. p. 8.

al valor reconocido a las normas creadas por el legislador humano, no a otro tipo de normas, queda claro también que un mínimo de eficacia es condición de la validez de las normas jurídicas, lo que se ha dicho en páginas anteriores; ahora en lo que sigue, se habrá de añadir a este punto de vista el referente a la manera como Kelsen plantea el problema de la relación entre eficacia y legitimación, en lo referente a la creación de derecho.

Un mínimo de eficacia, para Kelsen, no sólo es condición de la validez del derecho. Y si esto lo es así, en un «mínimo», en un «máximo» lo es aún más, pues ésta —la efectividad— puede incluso en un momento dado bajo circunstancias específicas hasta crear derecho[81]. Es decir, puede ser ésta en un determinado momento ser factor decisivo para la modificación de la norma fundante básica. ¿Que sucede cuando una constitución cualquiera no es modificada según lo establecido en sus prescripciones, es decir, por la vía constitucional, sino por la vía revolucionaria, al ser cuestionada la validez del orden? A esta interrogante Kelsen responde con su concepto de efectividad, tratado al comienzo de la *Teoría pura* y después de la mitad de esta obra, entre otras partes en donde también la refiere; pero en este segundo caso analiza el concepto de efectividad en relación con el de legitimación.

Y Kelsen sabe muy bien de lo que habla, pues no se olvide que él vivió desde adentro el proceso de transformación de la monarquía austrohúngaro a la República de Austria. Él tiene muy claro, y así lo manifiesta en el transcurso de toda su obra, del primado del principio de que el orden jurídico regula su propia creación; no le cabe duda que el dominio de la validez de una norma o de un cuerpo de normas puede, por diferentes circunstancias, verse limitado, sin que por ello se pierda su validez; pero a la vez, no niega la

[81] *Teoría pura*, p. 218.

posibilidad de que las normas de un orden jurídico, inclusive, las de la misma constitución —aunque nunca de manera absoluta, puedan ser cuestionadas en su validez por un movimiento revolucionario, lo que traería consigo la sustitución de la norma fundante básica por otra, al respecto refiere lo siguiente:

"El principio de que la norma de un orden jurídico vale durante todo el tiempo que transcurra hasta que su validez no sea terminada en la manera determinada por ese orden jurídico— se refiere a la norma fundante básica—, o hasta que sea remplazada por la validez de otra norma de ese orden jurídico, es el principio de legitimidad[82]".

Y continúa su argumentación acerca de la relación que se puede establecer entre efectividad y legitimidad de la siguiente manera:

"Este principio —se refiere al de legitimidad—, con todo, se aplica a un orden jurídico estatal con una limitación altamente significativa. No tiene aplicación en caso de revolución. Una revolución, en el sentido amplio de la palabra, que abarca también el golpe de estado, es toda modificación no legítima de la constitución —es decir, no efectuada conforme a las disposiciones constitucionales—, o su remplazo por otra. Visto desde un punto de vista jurídico, es indiferente que esa modificación de la situación jurídica se cumpla mediante un acto de fuerza dirigido contra el gobierno legítimo o efectuado por miembros del mismo gobierno; que se trate de un movimiento de mazas populares, o sea cumplido por un pequeño grupo de individuos. Lo decisivo es que la constitución válida sea modificada de una manera, o remplazada enteramente por una nueva constitución, que no se encuentra prescrita en la constitución hasta entonces válida. Por regla general, con

[82] Ob. cit. p. 217-218.

ocasión de una revolución en este sentido, sólo se suprime la antigua constitución y ciertas leyes políticamente esenciales. Una gran parte de las leyes dictadas bajo la vieja constitución permanecen, como se suele decir, en vigencia; se trata con todo, de una expresión inadecuada. Si esas leyes han de considerarse como válidas conforme a la nueva constitución, ello sólo es posible porque el gobierno revolucionario, expresamente o tácitamente, les ha otorgado validez conforme a la nueva constitución. Lo que tenemos no es una creación enteramente nueva de derecho, sino recepción de las normas de un orden jurídico por otro, similar a la recepción del derecho romano por el derecho alemán. Pero también esa recepción es producción de derecho. Puesto que el fundamento de validez inmediato de las normas receptadas conforme a la nueva constitución, revolucionariamente instaurada, no puede ser la vieja constitución suprimida, sino solamente la nueva. Por cierto que el contenido de esas normas permanece idéntico, pero su fundamento de validez, y no sólo ello, sino también el fundamento de validez de todo el orden jurídico, se ha modificado. Con la adquisición de eficacia de la nueva constitución se ha modificado la norma fundante básica, es decir, se ha modificado el presupuesto bajo el cual tanto el hecho constituyente, como los hechos realizados, conforme a la constitución, de producción y aplicación de normas jurídicas, pueden ser interpretadas[83]". Si, pero ahora de distinta manera, pues suponiendo que la constitución antigua tenía el carácter de una monarquía absoluta, en tanto que la nueva constitución es la de una república parlamentaria, el sentido que orienta la producción de derecho, en el proceso de interpretación y aplicación de la ley, ha de ser, necesariamente completamente distinta, porque así lo es la norma fundante básica. Más o

[83] Ob. cit. p. 218.

menos en estos términos, pero ilustrando con ejemplos, Kelsen concluye su argumentación.

¿Pero qué sucede si el movimiento revolucionario o los golpistas no logran el éxito, es decir, si la nueva constitución no logra resulta ser eficaz en tanto que la vieja no pierde su eficacia, y por tanto, la norma fundante básica no logra tampoco modificarse y subiste la anterior? La respuesta sería, entonces, que la recepción de derecho, obviamente por una vía no prevista por la constitución, no sería un acto de creación de derecho, y por tanto, la revolución, si tal fuera el caso, "...no sería entendida como un proceso de producción de nuevo derecho, sino como un delito de alta traición, conforme a la vieja constitución y a las leyes penales fundadas en ella y consideradas válidas. El principio que así se aplicara se denominaría de efectividad — sostiene el autor citado[84]". Kelsen concluye sosteniendo, con relación efectifidad-legitimidad, que "...el principio de legitimidad está limitado por el principio de efectividad[85]. Esto es, que en tanto que el derecho no carezca de la efectividad suficiente como para que su relación de conformidad con las situaciones y comportamientos reales sean más o menos acordes, o bien para que a través de sus prescripciones se logre más o menos los objetivos buscados a través del derecho, en el sentido más amplio del concepto efectividad, la legitimidad que probablemente se pudiera obtener por cualquiera de las fuentes alternas al derecho positivo, quedarán acotadas por la eficacia; al menos que la efectividad del derecho sea nula, entonces sí, aparece la legitimidad de los procesos sociales como generadores de un nuevo derecho.

---

[84] Ob. cit. p. 219.

[85] *Ibidem.*

3.8. LA CATEGORÍA DE LA MEDIACIÓN ENTRE FACTICIDAD Y VALIDEZ. Con todo lo hasta aquí expuesto, que por supuesto, en algunos de sus puntos requiere de un mayor desarrollo, ya es posible arribar al reforzamiento de la argumentación planteada a lo largo del desarrollo de esta tesis, respecto a que en el sistema kelseniano la *Teoría de la interpretación de la ley* constituye la categoría de la mediación entre facticidad y validez. En el punto 3.1. de este capítulo quedó establecido cómo, en el enfrentamiento del problema de la mediación del derecho con la realidad, no es posible desatender ciertos problemas de frontera, y sobre la facilidad con que se suelen invadir los campos de estudio. También se hizo alusión a la manera como algunas autores, entre otros Gregorio Peces- Barba, han percibido este problema en el mismo sistema kelseniano, o cómo desde otros enfoques distintos, autores como Habermas han analizado este mismo problema. Pudo anticiparse además, en favor de la hipótesis 5 —lo que también quedó dicho en otros apartados—, que es en el proceso de interpretación y aplicación de la ley por los órganos de aplicación del derecho donde se establece el sentido a través de un acto de voluntad atribuido a las normas que se aplican a un caso concreto; también, toda vez que el tema central de esta tesis se constituye no sólo por el problema de la mediación del derecho con la realidad sino además el problema del conocimiento, en el punto 2 de este capítulo se abordó lo mínimo exigible sobre la nación de categoría, enfatizando la noción kantiana, dado que es ésta la matriz kelseniana,

Todo este soporte conduce ahora, ya analizados los conceptos de facticidad, vigencia, validez, efectividad y legitimación, y además ya analizada también la teoría de la interpretación kelseniana, al necesario reforzamiento de la argumentación de por qué la interpretación de la ley en

Kelsen adquiere la forma de una de las principales categorías del conocimiento del derecho, motivo por el cual ésta se constituye en mediación entre facticidad y validez. Si las categorías son formas a través de las cuales se expresa la actividad del conocimiento humano, luego entonces, en el caso del conocimiento del derecho entendido éste como norma o sistema de normas jurídicas creadas entre otros objetivos para que sean del conocimiento de sus destinatarios, resulta entonces que claro que la *Teoría de la interpretación de la ley* —y no sólo la propuesta por Hans Kelsen— aparezca como la categoría de conocimiento de las normas jurídicas, las que para ser acatadas se les reconoce una validez, independientemente de cual sea la motivación del orden social que se emplea para buscar que las conductas de los sujetos de derecho se adecuen más o menos lo prescrito por la norma.

Puede ser ésta —en términos de Kelsen— una motivación directa, en el supuesto de que la conducta desplegada conforme a la norma se determine no por el temor a la sanción prescrita por la norma para en caso de que no se cumpla por el mandato, sino porque exista una coincidencia entre los juicios subjetivos de valor contendidos en la norma y los juicios subjetivos de valor de los sujetos de derecho; o bien, en el supuesto contrario, que la conducta se lleve a cabo no por la coincidencia del destinatario de la norma con la validez de ésta —lo que en la mayoría de las veces resulta ser lo más común—, sino porque los sujetos de derecho deciden acogerse a lo prescrito por el mandato legal, aún y cuando para el receptor (o destinatario) de la norma no sea atribuible a esa norma ninguna validez, por lo que en la realización de esta hipótesis, sólo la acataría para evitar la sanción prescrita, en cuyo caso se estaría ante una motivación indirecta[86].

---

[86] Hans Kelsen, *Teoría General del Derecho y del Estado*, pp.17-21.

Desde luego, no son estas las únicas motivaciones específicas que pueden provocar las conductas recíprocas de los individuos estimuladas por el derecho. Sólo se ha tomado como ejemplo esta parcial tipología de Kelsen para ilustrar la manera como en la interacción humana regulada por el orden social, de una o de otra manera se establecen vínculos con el derecho y la juridicidad que obligan a los individuos a asumir actitudes valorativas; es decir, que los impulsa a atribuir validez o no validez a prescripciones heterónomas, como las normas jurídicas. Con lo que, dependiendo de la «eficacia» o «no eficacia» del orden jurídico —o bien de la «eficacia o «no eficacia» un cuerpo de leyes o de una norma en lo particular—, en mayor o menor grado se establece una relación entre facticidad y validez a través de la interpretación de la ley. Ello independientemente de cuál sea el fundamento de validez de la de normas, no necesariamente tiene que ser la norma fundante básica.

Resulta obvio que en esta relación cognitiva —entre facticidad y validez— juega un papel importante la intersubjetividad, relación que no podría producirse si no es a través de la interpretación de la ley. ¿O de qué otra forma podría ser posible conocer el sentido de los mandatos jurídicos, si no es interpretándolos?

Por supuesto, las teorías tradicionales sobre la interpretación del la ley sostienen que hay leyes tan claras que los destinatarios no necesitan interpretarlas para acatarlas. Pareciera ser que estos teóricos del derecho caminan en sentido contrario a los principios de la *Teoría de la comunicación*, pues mientras en esta área del conocimiento se sostiene que el mensaje más sencillo enviado tiene que ser interpretado por el destinatario o receptor, para poder elaborar una respuesta al emisor, en las teorías tradicionales de la interpretación de la ley —que son las que se internalizan en la conciencia de

los operadores del derecho— se sostiene lo contrario, cuando que, dada la naturaleza sistemática que caracteriza a las normas jurídicas, resulta imposible captar el sentido de una prescripción normativa si se limita la atención a una sola norma aislada.

En el fondo de esta postura tradicional sobre la interpretación de la ley subyace la reminiscencia y la añoranza del viejo pasado de las sociedades arcaicas y primitivas, en las cuales era legitimable la interpretación de la ley por medio de los oráculos, o la revelación divina, o cuando el privilegio de «decir el derecho» —tal es la definición etimológica del término *jurisdiccional*, se dijo en un apartado anterior— era facultad exclusiva del sumo pontífice y posteriormente de los nobles. Pero los tiempos son otros muy distintos, hoy la interpretación de la ley no sólo es algo privativo de los órganos jurídicos de aplicación del derecho, sino también de los particulares, quienes para obedecerla o para oponerse a ella por alguna razón necesitan interpretarla.

Es cierto que a los órganos jurídicos de aplicación del derecho corresponde establecer lo que Kelsen llama interpretación auténtica de la ley, establecer en última instancia, por un acto de voluntad, la verdad jurídica, proceso que se encuentra sujeto a múltiples coacciones; mas también los particulares hacen sus interpretaciones de la ley, correspondan o no a las realizadas por los órganos jurisdiccionales o administrativos facultados para interpretar y aplicar el derecho. Y dado a que la mayoría de los conflictos regulados por el derecho se resuelven en la esfera social o familiar, no en los tribunales, pues la autorregulación es la forma prevaleciente en que se lleva a cabo la conducta social deseada —sobre esto hay abundante bibliografía—, resulta entonces que la interpretación que de la ley hacen los particulares para ajustar sus conductas más o menos a las prescripciones normativas, es la que

suele mediar más con la facticidad que la validez establecida por los tribunales.

3.9. LOS ESTUDIOS DE LA SOCIOLOGIA JURÍDICA SOBRE LAS DECISIONES JUDICIALES. Si lo más normal, en las decisiones judiciales, es que una norma superior consuetudinaria de carácter político, no de carácter jurídico, es la que en mayor o menor medida influye en dichas decisiones judiciales que emiten los jueces —según tesis de Kelsen—, puesto que no es posible que ninguna norma jurídica, independientemente de su jerarquía dentro del sistema jurídico, sea capaz de determinar de manera absoluta la regulación del acto por medio del cual se produce una norma jurídica individualizada creada por el juez en el acto de la interpretación y aplicación de la ley a un caso concreto, entonces, cuáles son esos factores metajurídicos contenidos en esa norma superior de carácter consuetudinario de naturaleza política que influye sobre el juez en el desempeño de su función jurisdiccional, la cual, en términos de Óscar Correas consiste "...en elegir entre varias interpretaciones posibles, y producir, por un acto de voluntad, una norma individual"[87], pues además, como bien lo refiere también Kelsen, las normas legales positivas no son el único factor de influencia sobre los jueces en la construcción de la verdad legal, o en el establecimiento de las decisiones judiciales.

---

[87] *El otro Kelsen*, p. 53. Tal vez, sin proponérselo, a través de su lectura de Kelsen Óscar Correas proporciona la mejor definición de lo que significa la función jurisdiccional. Cuando en la bibliografía tradicional se hace referencia a este concepto, de inmediato y con toda seguridad se recurre a la significación proporcionada por la locución latina: Jurisdiccional, de iurisdictio, decir el derecho o interpretar al derecho, locución que de inmediato remite a los contextos históricos en los que el rey, el pontífice, el magistrado pretor, etc., correspondía decir cuál era el derecho o interpretar el derecho, según la dirección que tomaban las aves, las nubes, o según si las gallinas querían comer o no. Interpretación que desde luego era única, no varias posibles, y no había posibilidad alguna de objeción.

Pues bien, para dar respuesta a la interrogante anterior, entre los factores metajurídicos que influyen en la constitución del contenido de la norma superior consuetudinaria de naturaleza política —que no jurídica— a que se ha hecho referencia, norma que a su vez de una o de otra manera influye en las decisiones judiciales que emiten los jueces, indudablemente se encuentran, entre muchos otros: a) las ideologías, que en poco o mucho estructuran la personalidad de los jueces; b) creencias religiosas de muy diversa índole; c) las creencias morales, también de muy diversa índole; d) la estructura familiar en la cual se formaron los jueces; e) la mayor o menor autonomía de poder judicial, dependiendo del sistema de gobierno de que se trate; f) la extracción social de los jueces; g) el perfil profesional de los jueces; h) los criterios utilizados para su selección; i) los altos o bajos índices del fenómeno de la corrupción, dependiendo de la sociedad de que se trate; j) las políticas jurídicas implementadas por los gobiernos para el control de las conductas de los integrantes del poder judicial, en el caso de México a través de consejos de la judicatura; k) el índice —alto o bajo— de la participación ciudadana, cuya vigilancia o no-vigilancia de la *res* pública, de una u otra manera también influye sobre el comportamiento de los funcionarios judiciales; l) los medios de comunicación, y de manera muy particular los electrónicos, que en el caso particular de la sociedad mexicana ha influido mucho más que la participación ciudadana sobre el desempeño de los funcionarios judiciales.

Dar respuestas concretas a los anteriores cuestionamientos, es decir, a las interrogantes sobre qué variables de las antes mencionados influyen en mayor o menor medida en el desempeño profesional de los operadores del derecho de la sociedad mexicana, específicamente sobre aquellos que tiene que ver con las decisiones judiciales (o con la procuración de justicia), es algo que en esta tesis no es posible satisfacer por no ser este su objeto, pues para

ello se requerirían investigaciones de campo sobre la realidad concreta que se desee conocer, cosa que desde hace varias décadas ha cobrado interés en distintas partes del mundo y ha sido objeto de estudios por la sociología de la política y de la sociología del derecho, de manera particular en los países europeos y en los Estados Unidos.

En México este interés prácticamente es nulo. No existe demanda para la producción de conocimientos en el campo de la sociología del derecho; ello a pesar de que últimamente ha surgido una exigua oferta, por parte de investigadores de diferentes universidades del país[88]. Y a pesar también de que con la reforma constitucional que entró en vigor el primero de enero de 1995 se creó la institución denominada Consejo de la Judicatura del Poder Judicial Federal, y a que siguiendo las directrices de esta reforma en otros Estados de la República se han creado organismos semejantes, por medio de los cuales, según se desprende de sus objetivos, se busca la modernización y profesionalizar de la administración de la justicia.

Y a pesar también, de lo cual no existe ninguna duda, de que con el desarrollo de la democracia la oposición en el Congreso de la Unión y en los congresos de los Estados ha podido llegar a ser una fuerza considerable, a grado tal de que las iniciativas de ley del titular del ejecutivo ya no se aprueban, por lo general, como en el pasado, tan sólo con base al cumplimiento de formas legales, sino que cada vez se exigen mayor deliberación; pero no obstante estos rasgos del perfil de la nueva política mexicana, de todos estos cambios aún no se deriva una demanda de

[88] Se hace referencia concretamente al Programa de Investigación Científica sobre Sociología del Derecho, el cual se constituye por una red de investigadores que tiene su sede en la Facultad de Ciencias Políticas de la UNAM que es coordinada por Óscar Correas. Su propósito es proporcionar servicios a los poderes judiciales de los Estados.

investigaciones científicas en el campo de la Sociología del Derecho o Sociología de la política, pues las iniciativas de ley no se elaboran aún con base al desarrollo de trabajos de campo, sino con base a meras intuiciones de los legisladores.

En cambio, sobre todo en Europa y en los Estados Unidos, las investigaciones que abordan el problema de la excesiva duración de los litigios, la percepción que del «valor» de la legalidad y la justicia tienen los justiciables, de manera particular las investigaciones sobre los jueces —como bien refiere Renato Treves—, desde los años treinta y 40 del siglo XX han sido las que por primera vez en muchos países han abierto el camino a las investigaciones de la Sociología del Derecho[89].

Por ejemplo, las investigaciones de G. Schubert son referidas por Renato Treves como de las más importantes en los estudios a fondo del problema de las decisiones de los jueces en general y de las decisiones de los jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos en particular. En la primera de ellas, *Quantitative Analysis of Judicial Behavior*, publicada en 1959, "...explica entre otras cosas que la indeterminación de algunas normas constitucionales y el constante cambio de las situaciones sociales crean siempre nuevos problemas relativos a la elección de valores y a su realización por medio del derecho[90]".

En otras de sus obras, como The Judicial Mind: the Attitudes and Ideologies of Supreme Court Justices (1965), The Political Role of the Courts; Judicial Policymaking (1965), y The Judicial Mind Revisited. Psychometric Analysis of the Supreme Court Ideology (1974), "...en las que el autor ha

---

[89] Véase a Treves, Renato. *Introducción a la sociología jurídica*, [Tr. Manuel Atienza], Ed. Taurus, España, 1978, pp. 154-205.

[90] Renato Treves, p. 176.

podido especificar aún mejor las motivaciones políticas que determinan las decisiones jurisprudenciales sirviéndose de las metodologías más perfeccionadas de que el científico social puede disponer hoy en virtud de los progresos de la tecnología y de las computadoras electrónicas. En una de estas obras, Schubert explica, por ejemplo, que el sistema de valores que caracteriza a cada juez individual está determinado por el ambiente familiar en el que ha crecido, por la educación recibida, por los estudios realizados, por la experiencia profesional, etc.; explica además que atendiendo a la votación de los jueces se dividen en dos grupos contrapuestos, el de los liberales y el de los conservadores, y cómo en esta contraposición emergen tres diversas actitudes según que el liberalismo o el conservadurismo sean de carácter político, económico y social; explica finalmente cómo las previsiones del proceso de decisiones pueden realizarse tomando como base algunas clases de variables. Pone de manifiesto así que la variable más amplia y difusa es la del ambiente político, y observa después que las variables culturales determinan el ámbito de variación de las variables relativas a las características personales, las cuales a su vez influyen sobre las actitudes que determinan las decisiones[91]".

Otro ejemplo proporcionado por Renato Treves respecto a las investigaciones empíricas en el campo de la Sociología del Derecho, entre otros, es el que se refiere a la extracción social de los jueces y sus vínculos con la política y el poder político, realizada por Juan José Toharia España. "...En cuanto a su extracción social —revela esta investigación— [...] más de la mitad de los jueces provienen de un ambiente constituido por personas que ejercen las profesiones legales o que forman parte del aparato burocrático.

[91] Ibídem

Casi ninguno proviene, por el contrario, de la clase obrera o del mundo campesino"[92].

Ahora bien, con relación a la vinculación de los jueces españoles al poder político, Toharia observa con acuciosidad que "...en los años de la dictadura de Primo de Rivera la esfera de competencia de los tribunales militares había tenido una expansión sin precedentes y que en 1931, con la llegada de la segunda república, la competencia de los tribunales militares fue rápidamente reducida a sus límites naturales. En aquel año —escribe—, comienza una nueva era para la magistratura española que se renueva y se abre hacia los ideales democráticos, eliminando de su seno a un cierto número de elementos monárquicos y reaccionarios que son jubilados por la autoridad en base a la ley republicana de 1932. Pero la nueva era democrática dura pocos años y la situación sufre enseguida un cambio radical con la guerra civil y con la instauración del régimen franquista. En el primer período de ese régimen, que va de 1936 a 1945, los jueces fueron sometidos a los mismos mecanismos de control y de depuración a que fueron sometidos los otros funcionarios del Estado. Se les exigía un juramento de adhesión incondicionada al «caudillo» y se suspendió toda garantía de inamovilidad. Además, se reservó a los excombatientes el 50 por 100 de los puestos vacantes de la administración pública, incluidos los de la carrera judicial. Tales medidas no sirvieron, sin embargo, para incidir sensiblemente sobre el proceso de depuración (sólo el 5 por ciento del total de los jueces fue depurado), y ello se debió ante todo a la fundamental apoliticidad que caracteriza el universo mental de99 la magistratura española y además al hecho de que el orden judicial durante la guerra civil estuvo escasamente implicada en la lucha

[92] Renato Treves. p. 183.

política"[93]. Tal es una apretada síntesis de la participación de los sociólogos del derecho en el campo de las decisiones judiciales, con quienes Kelsen mantuvo siempre cordiales relaciones.

[93] Treves, Renato, pp. 183-184.