

DIALÉCTICA DE LA TEORÍA PURA DEL DERECHO

Arturo BERUMEN CAMPOS¹

... esta pureza es la abstracción absoluta... o la negatividad. (Hegel: *Fenomenología del Espíritu*)

En memoria de mi inolvidable y admirado maestro Javier Esquivel Pérez, por haberme enseñado, no la verdad, sino el amor a la verdad

SUMARIO: *Introducción*; I. *La crisis de la teoría pura del derecho*; II. *La negatividad kelseniana*; III. *Causalidad e imputación*; IV. *Imputación jurídica e imputación moral*; V. *El derecho como la estructura dialéctica de la libertad*.

INTRODUCCIÓN

El propósito del presente trabajo no es confrontar las teorías del derecho de Hegel y de Kelsen, aunque haya conclusiones relacionadas con este aspecto. Más bien, se trata de aplicar la metodología dialéctica hegeliana a los resultados más relevantes obtenidos por la producción kelseniana en la teoría jurídica, con tres propósitos fundamentales: primero, para evaluar, críticamente, la consistencia del purismo metódico; segundo, para rescatar los aportes conceptuales kelsenianos, reformulándolos como momentos necesarios de un concepto dialéctico del derecho y, tercero, para estar en posibilidad de proponer su rearticulación interna con las teorías jurídicas más recientes y abrir, de este modo, un nuevo campo metodológico en el estudio del derecho y de las teorías jurídicas.

De entre los filósofos clásicos de occidente Hegel ha sido el gran olvidado en el ámbito de los estudios jurídicos. No tanto porque su teoría del derecho y del Estado no ocupe un lugar relevante en los manuales de la historia de filosofía

¹ Facultad de Derecho, UNAM.

del derecho o de la teoría del Estado, ya que es considerado, junto con Aristóteles, Santo Tomás, Hume, Kant o Marx, como una de las cumbres del pensamiento jurídico y político. Pero, prácticamente, Hegel no ha tenido descendientes jurídicos, con algunas excepciones tales como Federico Muench en la filosofía del derecho o la de Hermann Heller en la teoría del Estado,² pero que o no son muy conocidos en nuestro medio o no desarrollan sus concepciones, específicamente, a partir de la metodología hegeliana.

El binomio Aristóteles-Santo Tomás alimenta, constantemente, la amplia corriente iusnaturalista; Hume sustenta, epistemológicamente, tanto al sociologismo como al realismo jurídicos y Kant es el punto de partida de las más importantes manifestaciones del positivismo jurídico. Hegel, en cambio, sólo encontró un lugar eminente, pero discutido, en la profunda corriente inaugurada por Marx, cuyos discípulos y él mismo, en gran parte, descuidaron, hasta hace relativamente poco tiempo, el cultivo del estudio del derecho, y cuando lo hacen, soslayan, en gran medida, los ingredientes metodológicos hegelianos del marxismo.

Este olvido se debe, tal vez, a que existen grandes prejuicios contra el pensamiento hegeliano. Se dice, por un lado, que su lógica dialéctica es en realidad una ontología porque, como máximo representante del idealismo, confunde, absolutamente, el pensamiento con la realidad.³ Esta concepción errónea sobre Hegel, ha impedido, con excepción parcial del marxismo, no tan sólo aprovechar el gran arsenal epistemológico que contiene la lógica hegeliana para el estudio de la realidad, sino que ha obstaculizado la superación metódica de las contradicciones a que, tarde o temprano, llegan las demás metodologías. La permanencia de las grandes crisis en que se encuentra sumergida la mayoría de los sistemas del pensamiento contemporáneo, incluidos los jurídicos, se debe, en gran parte, a que se niega, dogmáticamente, el hecho de que la contradicción es inherente al pensamiento como condición de su desarrollo, ya que este reconocimiento es necesario para superar la contradicción misma. Al enseñarnos la manera de determinar y de superar la contradicción para desarrollar el pensamiento, Hegel es el único filósofo que nos ha enseñado a pensar, realmente.

Por otro lado, se ha acusado a Hegel de ser el padre intelectual del totalitarismo moderno a causa de su divinización del estado.⁴ Sin embargo, no se ha tomado en cuenta que el estado para Hegel no es sinónimo de gobierno, sino que para él, el

2 Recaséns Siches, Luis, *Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico*, México, Editora Nacional, 1981, pp. 197 y 205; Niemeyer, Gerhart, "Prólogo" en Heller, Herman, *Teoría del Estado*, México, FCE, 1985, p. 15.

3 Vermeaux, R., *Historia de la filosofía moderna*, Barcelona, Herder, 1977, pp. 229, 233.

4 Kelsen, Hans, "Forma de Estado y visión del mundo", en *El otro Kelsen*, México, UNAM, 1989, p. 239: "La postura de Hegel, el más grande de los metafísicos alemanes, es igualmente inequívoca. No es sólo el filósofo del espíritu absoluto, sino que lo es también de la monarquía absoluta".

estado es el conjunto de lo ético, es decir, del entrelazamiento de los derechos y obligaciones sociales, donde se puede realizar, plenamente, la libertad humana.⁵

Kelsen, por su parte, es, aún, el filósofo del derecho más influyente en el campo de la teoría del derecho. La pureza, su principio metodológico fundamental, le ha dado fundamento epistémico a muchas disciplinas jurídicas: a la lógica jurídica, a la semiótica jurídica, a la dogmática jurídica y hasta a la historia del derecho. La purificación de su concepto de imputación jurídica es algo que Hegel no se hubiera imaginado. Esta separación conceptual de lo jurídico era, no obstante, absolutamente necesaria para determinar, hegelianamente, el concepto de derecho. Pero el concepto del derecho, a partir de Kelsen ha quedado fragmentado en tres pedazos: el hecho, el derecho y el valor. A la distinción analítica no ha seguido un exitosa reconstrucción sintética. Algo que Kelsen, tampoco hubiera imaginado y, en esto, Hegel es un verdadero maestro. Juntar los pedazos del concepto del derecho que Kelsen escindió porque estaban confusa e ideológicamente unidos, probablemente tenga como consecuencia redefinir, no tan sólo, a la imputación kelseniana sino que, en el mismo proceso, quede transformada la concepción hegeliana de la libertad como fundamento del derecho. Proponer algún rudimento vago de la idea de como podría ser posible esta tarea, aprovechando las aportaciones recientes de otros autores, jurídicos o no, pero relevantes a este respecto, es el propósito inmodesto y muy superior a las fuerzas del autor de este trabajo.

I. LA CRISIS DE LA TEORÍA PURA DEL DERECHO

En la medida en que puede considerársele como un paradigma de la ciencia jurídica,⁶ la teoría pura del derecho se encuentra en plena crisis, pues a los problemas jurídicos que no encuentran en ella una explicación satisfactoria v. g. el concepto de norma, de unidad y sistema jurídicos, de validez y eficacia, modalidades deónticas y discursos jurídicos⁷ se aúna el reconocimiento, por parte de su autor, de que su concepción de la norma fundamental es una ficción. Dijo Kelsen en el año de 1964:

⁵ Miranda, José Porfirio, *Hegel tenía razón*, México, UNAM, 1989, pp. 304, 305.

⁶ Schmill, Ulises, "Prólogo" a *Hans Kelsen, vida y obra*, de Rudolf Aladar Métall, México, UNAM, 1984, p. 6: "Si el desarrollo histórico de la teorías fuese un progreso acumulativo y rectilíneo como para calificarlo de racional, la teoría de Kelsen se hubiera convertido hace ya mucho tiempo en un paradigma en sentido kuhniano y sería el fundamento teórico de un tradición de ciencia normal 'jurídica'"; Esquivel, Javier, "El modelo kelsiano", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 19, México, enero-febrero de 1984, p. 29: "El modelo de Kelsen... constituyó a no dudarlo, una revolución teórica respecto a los modelos imperantes en Europa continental - Jellinek, Stammler..."

⁷ Esquivel, Javier, *op. cit.*, *supra* nota 6, pp. 2931; Esquivel Pérez, Javier, *Kelsen y Ross, formalismo y realismo en la teoría del derecho*, México, UNAM, 1980, pp. 58, 59, 121, 122; Hart, "Teoría de Kelsen sobre la unidad del derecho", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 21, México, sep-dic. 1974, pp. 112, 117, 129; Ross, Alf, *El concepto de validez y otros ensayos*, México, Fontamara, 1991, pp. 2729; Heller, Hermann, *op. cit.*, *supra* nota 2, p. 216.

la norma básica en el sentido de la filosofía del como si vaihingeriana no constituye una hipótesis como yo mismo la he caracterizado algunas veces sino una ficción, que se diferencia de una hipótesis por el hecho de que la acompaña, o debiera acompañarla, la conciencia de que no responde a la realidad.⁸

Independientemente del valor científico que pudiera tener la norma básica entendida como una ficción,⁹ lo cierto es que de este modo concebida, la norma básica ya no supone el principio de imputación como condición de existencia¹⁰ ya que este principio, el de imputación, no le puede señalar a la norma básica con precisión la connotación que corresponde a cada uno de sus elementos¹¹ como norma positiva, al ser considerada como el sentido ficticio de un acto de voluntad también ficticio.¹²

Si Kelsen ha preferido desfigurar el concepto de norma básica a renunciar o a reformular el principio de imputación es porque considera que sólo mediante

la existencia de este principio en nuestro pensamiento y su aplicación a las ciencias que se ocupan de la conducta humana, estaremos facultados para considerar a la sociedad como un orden o sistema distinto del orden o sistema de la naturaleza, y a las ciencias cuyo objeto es la sociedad, diferentes de las ciencias naturales.¹³

Es decir que Kelsen considera preferible dejar sin fundamento al sistema jurídico (la norma básica) que a la ciencia del derecho (la imputación). Pero procediendo de esta manera, Kelsen ha incurrido en el vicio que al inicio de su carrera científica reprochó a la ciencia jurídica tradicional: “Una de las metas de mi libro es la lucha

8 Kelsen, “La función de la constitución”, en *derecho y psicoanálisis*, Buenos Aires, Hachette, 1987, p. 86; la abjuración de Salzburgo la llama Daniel Herrendorf, en *El estado actual de la teoría general del derecho*, Tijuana, México, Cárdenas, 1991, p. 89.

9 Kelsen, la función de la constitución, *op. cit.*, *supra* nota 8, p. 86; “Según Vaihinger una ficción es un recurso del que se vale el pensamiento cuando no logra alcanzar su objetivo con el material dado. El objetivo del pensamiento en el caso de la norma básica es: fundamentar la validez de normas que configuran un orden moral o legal positivo... Esta meta se alcanza únicamente por medio de una ficción”.

10 Tamayo y Salmorán, Rolando, “La imputación como sistema de interpretación de la conducta”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 12, México, sep-dic. 1971, p. 445.

11 *Ibidem*.

12 Kelsen, “La función de la constitución”, *op. cit.*, *supra* nota 8, p. 86; “En contra de la suposición de una norma establecida no por un acto real de voluntad sino presupuesta en el pensamiento jurídico, se puede hacer valer, que una norma puede constituir únicamente el sentido de un acto de voluntad, no de un acto de pensamiento; que existe una relación esencial entre deber (*sollen*) y querer (*wollen*). Se puede hacer frente a esta objeción solamente reconociendo que junto a la norma básica pensada también debe ser pensada una autoridad imaginaria, cuyo acto de voluntad fingido encuentra su sentido en la norma básica”.

13 Kelsen, “Causalidad e imputación”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 19, ene-feb 1974, p. 207.

contra la ficción, esa reprochable mentira inocente de la ciencia”.¹⁴ Tal retorno circular a lo contrario de su postura original¹⁵ no fue, empero, casual ni tan sólo fue una matización de la misma,¹⁶ sino que fue el resultado inevitable de la pureza metódica.

La producción de ficciones ideológicas en la ciencia no es el producto, como creía Kelsen, de: “La combinación de puntos de vista excluyentes...”¹⁷ sino, al contrario, como sostiene Hegel, es que “por dichas exclusiones el mencionado punto de vista se manifiesta súbitamente como una recaída en el intelecto metafísico...”¹⁸ Es una consecuencia ineludible de la pureza metódica de Kelsen caer en la jurisdicción de aquella mitología¹⁹ porque al pretender mantener, de principio a fin, la exclusión con respecto del derecho, de las determinaciones de causalidad y de eticidad,²⁰ desarrolla el concepto de imputación de una manera unilateral y aislada sin poder evitar llegar a considerarlo como implicado en su contrario²¹ en la norma fundante básica ya sea como eficacia²² o como ideología,²³ respectivamente, y su pensamiento desesperado de poder sacar de sí la solución de la contradicción en que se ha puesto, toma a las soluciones y a los calmantes que el espíritu encuentra en otra de sus modas y formas.²⁴

14 Kelsen, “Prefacio” a *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*, citado por Mari, Enrique E., en “Racionalidad e imaginario social en el discurso del orden”, en *Derecho y psicoanálisis*, p. 74.

15 Esquivel Pérez, Javier, *Kelsen y Ross...*, *op. cit.*, *supra* nota 7, p. 81: “Kelsen había combatido la tesis de colocar una ficción como fundamento del derecho positivo; ahora, al final de su carrera, acepta la ficción. El círculo se había cerrado”.

16 Mari, Enrique, E., *op. cit.*, *supra* nota 14, p. 75.

17 Kelsen, “prefacio...”, p. 74.

18 Hegel, *Enciclopedia de las ciencias filosóficas*, México, Porrúa, 1980, pp. 44-45, par. 65.

19 *Idem*, p. 9, par. 11.

20 Kelsen, *Teoría pura del derecho*, México, UNAM, 1979, p. 15: “Al caracterizarse como una doctrina á pura” con respecto del derecho lo hace porque quiere obtener solamente un conocimiento orientado hacia el derecho, porque desea excluir de ese conocimiento lo que no pertenece al objeto precisamente determinado como derecho. Vale decir: “quiere liberar a la ciencia jurídica de todos los elementos que le son extraños. Este es el principio fundamental en cuanto al método”.

21 Hegel, *op. cit.*, *supra* nota 18, p. 8, par. 11.

22 Kelsen, *Teoría pura del derecho*, México, UNAM, 1979, p. 217: “La eficacia se encuentra, como condición de validez, estatuida en la norma fundante básica”; Cerroni Umberto, “Kelsen y Marx”, en *Marx y el derecho moderno*, México, Grijalbo, 1975, p. 162: “Y si por lo que toca al primer aspecto de la construcción se contrae en un dualismo absoluto de forma y contenido, de sociedad y naturaleza, de *Sollen* y *Sein*, por lo que toca al otro aspecto... la teoría “pura” decae en la unidad inmediata de los dos elementos: privando al ser de su alcance constructivo específico y debilitando la eficiencia ordenadora del deber ser, en cuanto ha sido inmediatamente constituida por la particularidad no penetrada del mundo sensible. La idea no resulta ni funcional ni efectiva ya que ha sido *anticipada*, y formalizada, y el ser, por cuanto se le expulsó primero y se le hizo caer después en la naturaleza, surge nuevamente *como tal* en la estructuración de la teoría”.

23 Mari, Enrique E., *op. cit.*, *supra* nota 14, p. 77: “Aunque quizá no dejen de calibrar como un dato peculiar de la biografía del teórico del derecho de más peso en el siglo (Kelsen), que quien dedicara toda una vida intelectual a desmontar las referencias divinas de fundamentación imaginaria de poder, haya sido el arquitecto profano del más sólido artefacto de conexión entre discurso de razón e imaginario social: la *Grundnorm*”.

24 Hegel, *op. cit.*, p. 9, par. 11.

En otras palabras, por la razón de que Kelsen se aferra a la imputación como única determinación del derecho, la pone en contradicción con la norma básica que presupone a la causalidad y a la eticidad y recurre para solucionarla al expediente de considerar a ésta como una ficción, para continuar permaneciendo “en determinaciones unilaterales” cuya insuficiencia “aquella visión imagina falsamente haber superado”.²⁵

La teoría de Kelsen no tan sólo muestra lo que Hegel criticaba al dualismo Kantiano: “la impotencia para poner juntos dos pensamientos”.²⁶ la imputación y la causalidad cuya unidad, de cualquier modo “se produce como a espaldas de la conciencia”,²⁷ sino también que en el desarrollo mismo del concepto de imputación, concibe sus determinaciones como, abstractamente separadas (imputación descriptiva y prescriptiva), externas las unas con respecto de las otras (imputación jurídica y moral), o simplemente subsumidas (imputación superior e inferior) o unificadas inmediatamente (imputación jurídica y estatal), sin que se pueda establecer la mediación que existe entre ellas²⁸ y de este modo, “en lugar de comprender, pensar la verdad, la convierte más bien en la no verdad”.²⁹

II. LA NEGATIVIDAD KELSENIANA

A pesar de todas sus abstracciones, unilateralidades, exterioridades e inmediateces, Kelsen ha sido considerado como “el principal jurista de la época”, “el jurista de la época contemporánea”, “el Kant de la filosofía jurídica”, “el escritor más estimulante dentro de la jurisprudencia analítica de nuestros días”, “el jurista del siglo XX”.³⁰

Su teoría pura del derecho es tenida como “una conquista única dentro de la moderna filosofía del derecho” que “se distingue por su sobresaliente agudeza, su brillante dialéctica y su lógica inexorable”,³¹ como la “única que puede dar cuenta del ingrediente lógico que integra la experiencia jurídica como objeto del cono-

²⁵ *Idem*, p. 45, par. 65.

²⁶ *Idem*, p. 39, par. 60.

²⁷ *Idem*, p. 32, par. 25.

²⁸ *Idem*, p. 47, par. 70: “El intelecto habitual abstracto es el único que toma como absolutas las determinaciones de la inmediatez y de la mediación cada una por sí, y cree tener en ellas algún punto fijo de destinación; de este modo se produce la insuperable dificultad de unificarlas; dificultad que, como hemos demostrado, no existe de hecho y se disuelve en el concepto especulativo; Cerroni, *op. cit.*, p. 178: ¿Porqué se presenta como necesario el aislamiento lógico de la forma del contenido, si luego es necesario buscar un contenido, introducirlo por una puerta secundaria... y reunir lo que, como dice Hegel, un momento antes se había mostrado como separado?”.

²⁹ Hegel, *op. cit.*, p. 41, par. 62.

³⁰ Pound, Roscoe (según Aftalión Enrique R.), Prólogo a *La idea del derecho natural y otros ensayos*, de Hans Kelsen, México, Ed. Nacional, 1974, p. 7; Tamayo y Salmorán Rolando, “Hans Kelsen in memoriam”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 19, p. XIII; Hart, *Una visita a Kelsen*, México, UNAM, 1977, p. 34; Aladár, *op. cit.*, p. V; Ebenstein W. (según García Maynéz Eduardo), en *Algunos aspectos de la doctrina Kelseniana*, México, Porrúa, 1978, p. 10.

³¹ Ross Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, EUDEBA, 1970, p. 66.

cimiento”,³² como una de las aportaciones más interesantes y más fértiles en toda la historia del pensamiento jurídico;³³ como “una hipótesis sobre el derecho que ha encontrado aplicaciones exitosas en su específico campo de estudio”;³⁴ como una de las doctrinas más influyentes de nuestros días” ya que “sus deducciones son brillantes, lógicas y claras; su lenguaje sencillo y atractivo”;³⁵ como “la teoría del derecho mejor elaborada y más rica en resultados”;³⁶ como la única que, paradójicamente, “permite discutir, políticamente, el contenido del derecho”.³⁷

Y su concepto de la imputación normativa ha sido apreciado como “una de las conquistas más grandes y de mayor importancia”³⁸ y como el “descubrimiento más fascinante de la filosofía moral”.³⁹

¿Cómo es que una teoría que, por exigencia interna o por autorrenuncia expresa, únicamente se limita a describir al derecho con objetividad y exactitud para poder concebirlo como una totalidad significativa,⁴⁰ que renuncia a explicar y a predecir (las más características funciones de una ciencia) el futuro desarrollo de su objeto y a enriquecer su desarrollo teórico a través de mediaciones con disciplinas afines, puede suscitar tanta admiración en los teóricos del derecho más representativos de las diversas corrientes jurídicas? ¿Cuál es la razón de que un concepto tan abstracto, tan “puro” como lo es la imputación pueda recibir tales ditirambos? Tal vez, la respuesta a estos interrogantes que justifique la fama, la permanencia y la utilidad de la teoría pura del derecho se encuentre en que “la pureza metódica” constituye, en el derecho, lo que Hegel llamaba “la potencia portentosa de lo negativo”.⁴¹ que

ha tenido la enorme virtud de suscitar por vía polémica una revisión a fondo... en todos los sectores doctrinales contemporáneos de la teoría del Derecho y del Estado... obligando a formular puntos de vista nuevos, que tal vez no se habrían producido sin el concurso del estímulo aportado por Kelsen.⁴²

y puesto que, siguiendo la caracterización al modo hegeliano, “esta pureza es la abstracción absoluta o la negatividad”,⁴³ es decir que “lleva en sí la diferencia” “de un modo totalmente transparente”,⁴⁴

32 Aftalión, *op. cit.*, p. 10.

33 Recaséns Siches, Luis, Prólogo a *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, de Hans Kelsen, México, Nacional, 1974, p. 7.

34 Schmill, Ulises, *op. cit.*, p. 6.

35 Bodenheimer, Edgar, *Teoría del derecho*, México, FCE, 1980, pp. 321, 322.

36 Verdross, Alfred, *La filosofía del derecho en el mundo occidental*, México, UNAM, 1972, p. 286.

37 Correas, Óscar, *El otro Kelsen*, México, UNAM, 1989, p. 42.

38 Recaséns Siches, Luis, “Balance de la teoría pura del derecho de Kelsen”, en *Boletín mexicano de derecho comparado*, núm. 19, p. 169.

39 Echeverría, Manuel, *Kelsen y los juristas mexicanos*, México, UNAM, 1968, p. 87.

40 Kelsen, *Teoría pura del derecho*, pp. 9, 15, 85.

41 Hegel, *Fenomenología del espíritu*, México, FCE, 1985, p. 23.

42 Recaséns, Prólogo a *Derecho y paz en las relaciones internacionales* de Kelsen, pp. 7, 8.

43 Hegel, *Fenomenología del espíritu*, p. 465.

44 *Idem.* p. 145.

rehusa ponerse al servicio de cualquier interés político, proveyéndolo de una ideología mediante la cual se legitime, o se descalifique, el orden social existente.⁴⁵

Cuando Kelsen afirma, utilizando, puramente, el concepto de imputación, que la guerra y las represalias pueden interpretarse como sanción o ilícito internacionales;⁴⁶ que el poder del Estado es la vinculación coactiva del orden jurídico;⁴⁷ que el derecho electoral sin derecho de revocación no constituye una representación democrática en sentido jurídico;⁴⁸ que el derecho de propiedad no es sino una relación jurídica entre personas con respecto de las cosas⁴⁹ o que la obligación de un acto coactivo,⁵⁰ cuando Kelsen demuestra todo ello, está cuestionando y negando a la teoría jurídica tradicional y poniendo al descubierto los intereses políticos e ideológicos que se esconden o se pueden esconder bajo los conceptos “naturales” o “morales” utilizados para santificar o justificar al derecho internacional, al estado, a la democracia sin adjetivos, a la propiedad o a la obligación jurídica.⁵¹

La negatividad Kelseniana impide que nos engañemos o que nos engañen sobre la naturaleza jurídica de las instituciones internacionales que no se encuentren garantizadas por la fuerza, sobre la naturaleza del poder del Estado revestido de formas ideológicas, sobre la irrealidad democrática de un sistema político, sobre la substancialización iusnaturalista del derecho de propiedad o sobre la existencia de una obligación jurídica desprovista de sanción.

La negatividad no superada

Sin embargo, al utilizar, únicamente, el concepto de imputación para estudiar el derecho positivo, Kelsen descalifica como anticientífica o ideológica cualquier crítica que se le haga al poder, relegándola al campo de la ética, al nivel de lo emotivo irracional.⁵² Por querer, con toda justeza, desideologizar a la ciencia jurídica, Kelsen rechaza como momento conceptual de la misma el elemento

45 Kelsen, *Teoría pura del derecho*, p. 121.

46 Kelsen, *Principios de derecho internacional público*, Buenos Aires, El ateneo, 1965, p. 16.

47 Kelsen, *Teoría general del estado*, México, Nacional, 1983, p. 129.

48 Kelsen, *Teoría general del derecho y del estado*, México, UNAM, 1969, p. 344.

49 Kelsen, *Teoría pura del derecho*, pp. 143, 144.

50 Kelsen, *Teoría pura del derecho*, EUDEBA, Buenos Aires, 1971, p. 83.

51 Correas, Óscar, *op. cit.*, p. 53: "... la cuestión es quitar a la política el apoyo del prestigio de la ciencia. O, lo que es lo mismo, mostrar el acto de poder sin permitirle que se esconda, que se revista de científicidad".

52 *Idem*, p. 42: "Kelsen parece decir: salgámonos del campo de la ciencia. Pongámonos, todos por igual, en el campo de la ética. Y hagamos política..."; Kelsen, *¿Qué es la justicia?*, Buenos Aires, Leviatán, 1981, pp. 21, 22: "El problema de los valores es, sobre todo, un problema de conflicto de valores. Problema que no puede resolverse mediante el conocimiento racional. La respuesta al problema planteado es siempre un juicio que, en última instancia, está determinado por factores emocionales, ostentando, por consiguiente, un carácter altamente subjetivo".

epistemológico de la mediación, confunde ideologización con mediación, o más bien considera que la mediación de los conceptos no puede suprimirse en un ulterior momento y la evita, cayendo con ello en una nueva ideologización de su objeto y no en otra cosa consiste la crisis de su teoría pura del derecho.⁵³

Por ello se ha dicho, también con razón, que en la teoría pura del derecho, la persona queda reducida a un “polichinela de normas”,⁵⁴ que “las conclusiones a que nos lleva el postulado de la pureza metódica, tal y como lo entiende y aplica Kelsen, son falsas, inaceptables y peligrosísimas”,⁵⁵ que la teoría pura del derecho “convierte (al derecho) en una mera tecnología y aún... en una entelequia”,⁵⁶ que “el reducir la ciencia jurídica al estudio de las normas jurídicas, como lo hace Kelsen... implica forzosamente una limitación innecesaria de la noción del derecho”,⁵⁷ que “la teoría pura del Derecho” es “fruto de una época llamada de la racionalización del poder”⁵⁸ y que “el sentido del principio de retribución de que Kelsen parte se pierde por completo” cuando “declara que ni los actos antijurídicos ni los meritorios son objetivamente tales, y sólo se califican así porque hay normas que los castigan y normas que los premian”.⁵⁹

Al igual que sus admiradores y sus impugnadores, que “también forman legión”,⁶⁰ Kelsen, en los aspectos cruciales de su sistema, muestra una gran incapacidad para “colocar, soportar y superar la contradicción misma”.⁶¹ La negatividad de su pureza que cuestiona y desenmascara a “lo que de por sí sólo es afirmativo y permanece” y que por lo tanto “es y permanece sin vida”,⁶² al no “superarse como negativo”,⁶³ “se hunde en la contradicción”.⁶⁴

El pensamiento Kelseniano aunque identifique con asombrosa precisión las contradicciones jurídicas, en especial, entre derecho internacional y derecho nacional, entre derecho y Estado, entre política y derecho, entre derecho y naturaleza, entre normas superiores e inferiores, entre validez y eficacia, entre discurso descriptivo y discurso prescriptivo, etcétera, —lo cual no puede decirse de sus impugnadores—, no puede soportarlas ni mucho menos supe-

53 Ovejero y Maury, nota núm. 4 a la traducción de la *Enciclopedia*, de Hegel, p. 67: “El intelecto busca la esencia de las cosas; pero al buscarla, puesto que la esencia es mediación, es reflexión de unas cosas en otras, renuncia a lo mismo que busca y niega lo mismo que trata de afirmar; es decir la cosa en sí”.

54 Noriega, Alfonso, *La naturaleza de las garantías individuales en la constitución de 1917*, México, UNAM, 1967.

55 Preciado Hernández, Rafael, *Lecciones de filosofía del derecho*, México, UNAM, 1986, p. 43.

56 Ballvé, Faustino, *Esquema de metodología jurídica*, México, Botas, 1956, p. 121.

57 Villoro Toranzo, Miguel, *Introducción al estudio del derecho*, México, Porrúa, 1982, p. 60.

58 Rodríguez-Arias Bustamante, Lino, *Ciencia y filosofía del derecho*, Buenos Aires, Ejea, 1961, p. 130.

59 García Maynéz, Eduardo, *Filosofía del derecho*, México, Porrúa, 1986, p. 79.

60 Aftalión, *op. cit.*, p. 7.

61 Hegel, *Estética*, 2, Buenos Aires, Siglo Veinte, 1984, p. 61.

62 *Idem*, p. 18.

63 *Ibidem*.

64 *Ibidem*.

rarlas.⁶⁵ Por ello las elude o las soslaya utilizando para esto distintos expedientes metodológicos: la elaboración de las dos hipótesis yuxtapuestas y excluyentes de la unidad jurídica: la de la primacía del derecho internacional y la de la primacía del derecho nacional; la identidad, es decir, la unidad inmediata del derecho y del Estado; la yuxtaposición epistémica de ciencia y política, de moral y derecho, de sociedad y de naturaleza, de forma y contenido; la reducción de los conceptos de derecho subjetivo, de obligación y de persona jurídica al concepto abstracto de derecho objetivo y, por último, la exteriorización de la relación de la validez con la eficacia del derecho, al considerar a éstas sólo como las condiciones *per quam* y *sine qua non* del orden jurídico, respectivamente.⁶⁶

Estos subterfugios le permiten a Kelsen subsumir, sin integrarlos, los elementos contrarios en cada caso, en una abstracción cada vez mayor la —imputación—, de modo que al excluirlos, yuxtaponerlos, inmediatizarlos, reducirlos o exteriorizarlos, cree haber resuelto su contradicción, pero lo que en realidad sucede es que toma el contenido de la imputación como si fuera la unidad de ambos y, como dice Hegel de toda unilateralidad,

cae, entonces, por cierto, en la contradicción de ser, según el concepto, el todo, pero según su existencia, no es más que uno de sus aspectos.⁶⁷

Lo cual trae como consecuencia, que la abstracción imputativa oculte el contenido del otro término de la contradicción, pues como también dice Hegel,

el abstraer del intelecto es el aferrarse violentamente a una determinación, un esfuerzo para oscurecer y alejar la conciencia de la otra determinación que ahí se encuentra.⁶⁸

Pero las otras determinaciones contradictorias negadas y ocultadas por la pureza metódica reaparecen, distorsionadas, acumuladas y no resueltas durante todo el desarrollo de la teoría pura del derecho, en la norma hipotética fundamental, la cual, por esto mismo, a veces aparece “como hecho” y a veces “como idealidad” y también “como valor metafísico”.⁶⁹ Y no es que la norma fundante de un orden jurídico no contenga como elementos a la eficacia, a la validez y a la ficción que la

65 Kelsen, *Teoría pura del derecho*, UNAM, p. 331; Kelsen, *Teoría general del estado*, p. 22; Kelsen, *Teoría general del derecho y del estado*, p. 184.

66 Kelsen, *Principios de derecho internacional público*, p. 367, Kelsen, *Teoría general del estado*, p. 23; Kelsen, *Teoría pura del derecho*, UNAM, pp. 17, 18, 72, 356; Kelsen, *Teoría pura del derecho*, EUDEBA, pp. 120-122, 126; Kelsen, *Teoría general del derecho y del estado*, pp. 49-140.

67 Hegel, *Estética*, 2, p. 28.

68 Hegel, *Enciclopedia*, p. 58.

69 Cerroni, *op. cit.*, p. 167: “Al examen de esta crítica específica la *Grundnorm* resulta de vez en cuando modelada como hecho o como idealidad o con mayor precisión, como hecho natural o como idealidad no positiva o como valor metafísico...”.

negatividad kelseniana ha permitido distinguir,⁷⁰ sino que mientras no se supere dicha negatividad, es decir, mientras no se considere posible, epistemológicamente, unificar todos estos aspectos, no podrán mediarse unos con respecto de los otros ni podrán, en consecuencia, precisarse los modos de su articulación, desarticulación y rearticulación en tanto que condiciones y resultados del proceso de desarrollo histórico del derecho positivo.

Hacia la superación de la negatividad kelseniana

La teoría pura del derecho abstrae a la imputación de la realidad para separar al derecho de la naturaleza, pero al desarrollar el concepto de imputación en sus diferentes determinaciones “se entera en sus separaciones”,⁷¹ en lugar de considerar a la pureza imputativa sólo como “un momento llamado a desaparecer”⁷² pero también a reaparecer en el proceso de determinación conceptual del derecho. En otras palabras, en aras de una epistemología formal, rígida y tiesa,⁷³ mantiene a la abstracción imputativa más allá de las necesidades del método científico puesto que, como le reprocha Hegel a todo formalismo,

cuando el pensamiento permanece en la universalidad de las ideas... puede suceder que se tomen las meras proposiciones o determinaciones abstractas... y que, al pagar luego a lo particular, no se haga más que repetir las,⁷⁴

sin que pueda desarrollarla realmente de una manera concreta, ya que renuncia a mediarla con otras determinaciones conceptuales de lo jurídico.

Esto tiene como consecuencia que la teoría pura del derecho no pueda alcanzar la esencia del derecho, ya que “la esencia es mediación”,⁷⁵ como afirma Hegel, ya que con la sola categoría abstracta de la imputación, aunque se repita en cada caso particular, lo único que puede aprehenderse del derecho es su ser “inmediato, simple e indeterminado”.⁷⁶ Ni mucho menos puede la teoría pura del derecho construir el concepto del derecho pues, de acuerdo a la misma línea hegeliana de argumentación, “el concepto constituye por lo menos una relación que se produce” por “el suprimir en la mediación la misma mediación”.⁷⁷ Lo cual no quiere decir que se vuelva a la inmediatez original sino significa que el concepto se constituye como la “unidad de determinaciones distintas”⁷⁸ que al mediar se son reinterpret-

70 Correas, *op. cit.*, p. 13: “Este otro Kelsen... que nos propone la *Grundnorm* al final, como una ficción que actúa en nuestra conciencia invistiendo a otro de una autoridad que no posee por sí mismo...”.

71 Hegel, citado por Miranda, José Porfirio, *op. cit.*, p. 161.

72 Hegel, *Fenomenología del espíritu*, p. 260.

73 Miranda, *op. cit.*, p. 163.

74 Hegel, *Enciclopedia*, p. 10, par. 12.

75 *Idem*, p. 67, par. 114.

76 *Idem*, p. 54, par. 86.

77 *Idem*, p. 34, par. 50 y p. 36, par. 51.

tadas⁷⁹ y al suprimirse su mediación son redefinidas “de modo que ellas (las determinaciones distintas) surgirían (ya redefinidas) de su unidad”.⁸⁰

Cuando la teoría pura del derecho se niega a mediar la categoría de imputación con otras categorías, como por ejemplo con la de causalidad, para definir al derecho, lo que en realidad está haciendo es mantener la abstracción de la categoría de la imputación a costa del concepto concreto del derecho, puesto que prefiere ajustar éste a aquélla en lugar de redefinirla, lo que se logra sólo con la mediación y con su supresión.

Si se quieren conservar los ingredientes antideológicos de la teoría pura del derecho,⁸¹ es necesario superar y conservar a la vez,⁸² es decir, redefinir, el concepto de imputación kelseniana, para evitar su propia ideologización⁸³ y de paso, contribuir a la solución de la crisis que aqueja a la teoría pura del derecho, aunque ello pueda tener como consecuencia, más tarde o más temprano, “una reformulación revolucionaria de la tradición científica anterior”,⁸⁴ realizada con base en el paradigma que haya constituido en la ciencia del derecho.

Separar para unir o unir para separar

Dese del punto de vista de las operaciones lógicas que realiza Kelsen al estudiar los diversos problemas jurídicos, puede considerarse que el método de su teoría pura del derecho consiste en separar para unir. Separar lo no jurídico, para estar en condiciones de unir sólo lo jurídico. De acuerdo a la concepción metódica de Kelsen, si no se separa, de una forma precisa, el concepto de derecho de otros objetos afines, la unidad del mismo no sería posible, porque para unir un objeto del conocimiento es necesario separarlo o distinguirlo de los otros y, a la inversa, sólo se puede distinguir un objeto, unificándolo.⁸⁵

Pero Kelsen no sólo separa a lo normativo de lo causal mediante el concepto de imputación, el cual le permite unificar el supuesto y la consecuencia normativos como elementos de la norma,⁸⁶ sino que también separa a la imputación jurídica de

⁷⁸ *Idem*, p. 25, par 33.

⁷⁹ Kuhn, T. S., *La estructura de las revoluciones científicas*, México, F.C.E., 1983, pp. 46, 165, 220.

⁸⁰ Hegel, *Estética*, 2, p. 43.

⁸¹ Cerroni, *op. cit.*, p. 172: “Desde este punto de vista, su batalla antiideológica resulta esencial y pasa a formar parte de la ciencia jurídica”; Correas, *op. cit.*, p. 28: “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”.

⁸² Ovejero y Maury E., nota núm. 1 de la traducción de la *Enciclopedia* de Hegel, p. 53: “La palabra *aufgehoben*, en alemán significa suprimir, conservar, levantar”.

⁸³ Tadić Ljubomir, Kelsen y Marx, contribución al problema de la ideología en la *Teoría pura del derecho* y en el marxismo, en *Marx, el derecho y el estado*, Barcelona, OikosTau, 1969, p. 129: “Por ello Marx critica toda teoría pura en tanto que ideología si escapa a la realidad social y a sus contradicciones”.

⁸⁴ Kuhn, *op. cit.*, p. 220.

⁸⁵ Kelsen, *Teoría pura del derecho*, UNAM, p. 15.

⁸⁶ *Idem*, p. 91.

la imputación moral, mediante el concepto de la sanción coactiva, para unificar a los conceptos jurídicos fundamentales como funciones de la norma jurídica,⁸⁷ así mismo, separa la imputación personal (central) de la imputación material (periférica), mediante el concepto de ámbitos de validez, para unificar los derechos y las obligaciones de uno o varios individuos en la persona jurídica,⁸⁸ de manera semejante, separa a la estática de la dinámica jurídica, mediante el concepto de validez, para unificar la imputación superior y la inferior en el orden jerárquico del sistema jurídico⁸⁹ y, por último, separa a la norma hipotética fundamental de las normas jurídicas positivas, mediante el concepto del principio de efectividad, para unificar a la validez imputativa y a la eficacia causal en la positividad general del derecho, a la vez que separa a la interpretación cognoscitiva de las normas de su interpretación auténtica, por medio de la idea de la ley como un marco con diversas posibilidades de aplicación, para unificar a todos los actos de pura ejecución normativa en la positividad particular del derecho.⁹⁰

El método del purismo, en su propósito de separar a lo jurídico de lo causal para unirlos como una totalidad significativa, concluye uniéndolos, aunque sólo fuera parcialmente, a lo jurídico y a lo causal y separándolos, también parcialmente, a lo jurídico eficaz y a lo jurídico válido. En la positividad general reaparece la unidad del ser y del deber ser que se separó al inicio del desarrollo del sistema y aunque tal unidad se exprese sólo por medio de la relación condicional de la validez por la eficacia y, por lo tanto, no como una identidad, es una unidad real aunque incompleta. En la positividad particular, en cambio, la unidad que se procuró mantener, durante el desarrollo del sistema, entre lo puramente jurídico, concluye en la separación de las normas válidas con respecto de las normas eficaces, aunque pueda haber normas que puedan ser, a la vez, eficaces y válidas.

En el primer caso, la imputación particular sólo será válida si la causalidad general del sistema jurídico es eficaz, lo cual implica que para describir a la realidad jurídica se requiera de dos categorías unificadoras diferentes que es lo que propone, en el fondo, la norma hipotética fundamental,⁹¹ pues de otra manera, cualquier imputación subjetiva, política o moralmente hablando, podría pretender tener validez objetiva como derecho positivo. Para poder distinguir, entonces, al derecho de la moral y de la política sería necesario unificar, de alguna manera, a la causalidad, entendida como eficacia psíquica, con la imputación coactiva, de una

87 Kelsen, *Teoría general del estado*, p. 66.

88 Kelsen, *Teoría pura del derecho*, UNAM, p. 183; Kelsen, *Teoría general del estado*, p. 86; Esquivel Pérez, Javier, "La persona jurídica", en *Conceptos dogmáticos y teoría del derecho*. México, UNAM, 1979, p. 41.

89 Kelsen, *Teoría pura del derecho*, UNAM, p. 232; Kelsen, *Teoría general del estado*, p. 327. Tamayo y Salmorán Rolando, *Sobre el sistema jurídico y su creación*, México, UNAM, 1976, pp. 125-132.

90 Kelsen, *Teoría pura del derecho*, UNAM, p. 354.

91 *Idem*, p. 217.

manera completa.⁹² En el segundo caso, la validez particular de los actos de ejecución se separa de la imputación general puesto que, en cualquier caso, pueden entenderse aquéllos como el resultado de la interpretación auténtica de las normas a pesar de que las distintas interpretaciones sean opuestas entre sí o estén en contradicción con la validez o existencia de las normas generales o particulares que ejecutan. De este modo se pierde, en gran medida, el sentido de la normatividad social que se reduce a la imputación política o moral. Es necesario, en consecuencia, unir, también, de alguna manera, a la moral y a la política con el derecho para distinguirlo de la causalidad sociológica.

Allá, en la positividad general, la imputación particular queda determinada por la causalidad general; aquí, en la positividad particular, la imputación general no determina a la imputación particular. La unificación de lo normativo, es decir, la determinación de la imputación particular por la imputación general, no puede realizarse separando a lo normativo de lo causal, pues es a través de la unidad de estos últimos como se realiza aquélla. Separar a lo normativo de lo causal para unir por medio de la unificación incompleta de lo causal y de lo normativo.

Se impone, de este modo, la necesidad de invertir el método del purismo normativo, de manera que para separar a lo normativo de lo causal y a lo jurídico de lo moral y poder unificarlos "en sí", sea necesario, primero, unificarlos "entre sí". Es decir, hay que partir, en consecuencia, para determinar a lo jurídico, unificando la causalidad y la imputación en la positividad, para separar, posteriormente, en el análisis de los procedimientos de individualización normativa, sus determinaciones más concretas. Para poder hacer esta inversión, sin embargo, es necesario demostrar que entre causalidad e imputación y entre imputación jurídica e imputación moral es posible la hegeliana "unidad de la identidad y la diferencia"⁹³ sin que se incurra ni el sincretismo metódico,⁹⁴ o confusión de métodos, ni en una yuxtaposición abstracta de las mismas.

⁹² Echeverría, Manuel, *op. cit.*, pp. 121-126; Schmill, Ulises, "La pureza del método en la teoría kelseniana", en *Pureza metódica y racionalidad en la teoría del derecho*, México, UNAM, 1984, pp. 43, 44; Vallado Berrón, Fausto, *Teoría general del derecho*, México, UNAM, 1972, pp. 9-19.

⁹³ Hegel, *Enciclopedia*, p. 71, par. 121.

⁹⁴ Kelsen, "Sobre los límites entre el método sociológico y el jurídico", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núms. 75-76, julio-diciembre 1969, p. 570: "Y esta ficción, esta mentirilla científica, tiene precisamente sus raíces en un sincretismo metódico reprobable, en la confusión inadmisibles entre la consideración normativa y la explicativa".

III. CAUSALIDAD E IMPUTACIÓN

A pesar de algunos intentos recientes de reinterpretar el dualismo kelseniano entre ser y deber ser como una “diferencia... instalada en el lenguaje” como una “diferencia lingüística” y, por lo tanto, como una diferencia epistemológica y no ontológica, lo cual supone un “monismo absoluto desde el punto de vista ontológico”,⁹⁵ lo cierto es que la dualidad irreductible que Kelsen sostuvo, de principio a fin, entre causalidad e imputación o entre necesidad y libertad se hace, precisamente, del todo insalvable en el nivel epistémico, si se concibe, abstractamente.

Por lo que se refiere a su forma más abstracta (dualismo entre ser y deber ser), dice Kelsen en su primera obra de teoría jurídica, *Los problemas capitales de la teoría jurídica del estado*, de 1911:

La contraposición que los separa (al ser y al deber ser) tiene un carácter lógico-formal y, mientras nos mantengamos dentro de este terreno de lógica formal, podemos estar seguros de que no se tiende ningún puente entre esos dos campos, separados entre sí por un abismo profundo.⁹⁶

Y en su obra póstuma, *Teoría general de las normas*, aún sostenía su postura original:

Que de algo suceda, de hecho, regularmente se siga que debe suceder, es una falacia. De un ser no puede derivarse lógicamente un deber ser... La inferencia del ser al deber ser es una falacia lógica.⁹⁷

Como puede apreciarse, Kelsen no afirma que el ser y el deber ser no se encuentren relacionados en la realidad o que los hombres no transformen un enunciado descriptivo en uno prescriptivo, sino que desde el punto de vista lógico no es racional inferir un valor o una norma de un hecho o de un conjunto de hechos, es decir, que no es sostenible, lógicamente, la inferencia del derecho a partir del hecho y no que los hombres no lo hagan así, irracionalmente. Por lo tanto, afirma Kelsen:

No es una consideración lógico-formal, sino material históricopsicológica la que muestra que, regularmente o muy frecuentemente, el contenido de un deber ser

⁹⁵ Correa, Óscar, “Kelsen y el kantismo”, en *Boletín mexicano de derecho comparado*, núm. 69, México, UNAM, septiembre-diciembre 1990, pp. 834, 847, 854, 855.

⁹⁶ Kelsen, *Problemas capitales de la teoría jurídica del estado*, Porrúa, México, 1987, p. 8.

⁹⁷ Kelsen, “Sobre el concepto de norma, primer capítulo de *Teoría general de las normas*”, en *Boletín mexicano de derecho comparado*, México, UNAM, sep-dic. 1974, núm. 21, pp. 202, 204.

es contenido de un ser específico, de tal manera que vale como debido, lo que en determinada forma efectivamente acontece o ha acontecido.⁹⁸

Sin embargo, la razón lógica que aduce Kelsen para explicar la imposibilidad lógica de dar cuenta, teóricamente, del hecho histórico-psicológico de que los hombres derivan el deber ser del ser, consiste en una verdadera tautología:

La pregunta dirigida hacia el porqué de un deber ser concreto conduce lógicamente, de nuevo, a un deber ser, como la pregunta dirigida hacia el porqué de un ser, solamente puede ser respondida desde el ámbito del ser.⁹⁹

Esta afirmación que supone lo que debiera demostrar, esto es, la imposibilidad lógica para pasar del ser al deber ser, presupone la verdadera razón por la cual la lógica formal es impotente para dar este salto: la inmediatidad de tal distinción. El mismo Kelsen lo reconoce en otro lugar:

La distinción entre ser y deber ser no puede ser explicada más de cerca. Se encuentra inmediatamente dada a nuestra conciencia.¹⁰⁰

Pero de acuerdo a la lógica dialéctica, el saber inmediato no es todavía un conocimiento verdadero, puesto que “el saber inmediato es el saber en el que no poseemos la conciencia de la mediación, pero sí es algo mediado”.¹⁰¹ Es decir, que por el hecho de que, inmediatamente, no sepamos la relación del ser y del deber ser no se sigue que, no sólo, no estén mediados el uno por medio del otro, sino tampoco, que no podamos, lógicamente, buscar cuál es dicha mediación o relación entre ambos. Respecto de la inmediatidad, dice Hegel:

La inmediatez significa el ser en general; el ser, esta relación abstracta consigo, es inmediato, en la medida en que no tenemos en cuenta la relación. Pero si lo ponemos como una de las partes de la relación, será algo mediado.¹⁰²

No es pues, que no se pueda determinar la relación entre el ser y el deber ser porque la distinción entre ellos sea inmediata, sino porque el pensamiento se queda en la intermediación, es por lo que no se puede establecer la relación que los media. De una fase o momento de la determinación de la realidad jurídica, Kelsen hace un principio epistemológico invariable e inamovible, lo cual le lleva a una indeterminación del deber ser, como se verá más adelante.

⁹⁸ Kelsen, *Limites entre el método sociológico y el jurídico*, p. 565.

⁹⁹ *Idem*, p. 566.

¹⁰⁰ Kelsen, *Teoría pura del derecho*, UNAM, p. 19.

¹⁰¹ Hegel, *El concepto de religión*, México, FCE, 1986, pp. 140, 141.

¹⁰² *Idem*, p. 140.

El ser que Kelsen opone al deber ser es, en el fondo, el mismo al que Hegel opone la nada, es decir, la abstracción más absoluta que pueda concebirse. Tanto el ser de Kelsen como el ser de Hegel están totalmente indeterminados. Se pueden predicar de todos los seres y de todos los acontecimientos. Dice Kelsen que “nada hay dado que no pueda determinarse según leyes naturales”.¹⁰³ Y Hegel sostiene que “en ningún lugar, ni en el cielo ni en la Tierra, hay algo que no contenga en sí ambos, el ser y la nada”.¹⁰⁴ Pero la diferencia entre ellos estriba en que, mientras Kelsen entiende no sólo como “diferentes” al ser y al deber ser¹⁰⁵ sino que, al negar la posibilidad de que puedan ser referidos el uno al otro y viceversa,¹⁰⁶ los considera como “indiferentes”, o sea que “no están determinados recíprocamente” sino que cada categoría “por sí vale sin referencia a la otra”,¹⁰⁷ en Hegel, en cambio ellos (el ser y la nada) subsisten en un otro... no subsisten por sí.¹⁰⁸

Las diferentes consecuencias de ambos proceder son también diversas. Para Hegel, sólo a través de esta recíproca mediación “Del devenir nace el ser determinado”,¹⁰⁹ mientras que el ser de Kelsen queda para siempre indeterminado y, en consecuencia también el deber ser. Al grado que Kelsen mismo no puede distinguir, mediante la sola categoría del ser, nada dentro de la naturaleza, ni el ser inorgánico, ni el ser biológico, ni el ser humano, ni el ser social. Es una categoría que no determina nada. Y como dice Hegel, el ser, lo inmediato indeterminado, es en realidad la nada, ni más ni menos que la nada.¹¹⁰ En otras palabras, si decimos que todo en la naturaleza es ser, sin mayor determinación, es como si no dijéramos nada sobre la realidad. “El puro ser y la pura nada son por tanto la misma cosa”.¹¹¹

Esta indeterminación (permanencia en la inmediatez) del ser kelseniano trae como corolario el que para atribuir al ser humano la determinación particular del deber ser sin que se vea obligado a atribuírsela al ser en general, se debe excluirlo de la determinación del ser. Esto presupone Kelsen cuando afirma:

La conexión entre causa y efecto es independiente del acto de un ser humano o superhumano. Pero la conexión entre un delito y una sanción es establecida por un acto, o actos, de seres humanos, por un acto creador de derecho, esto es, un acto cuya significación es una norma.¹¹²

Sin embargo, es el deber ser lo que constituye el ser social determinado del ser humano. Por medio de la categoría de la imputación, entre otras, la nada del ser (el

103 Kelsen, *Teoría general del estado*, p. 137.

104 Hegel, *ciencia de la lógica*, I, Buenos Aires, Solar, 1982, p. 110.

105 Kelsen, *Sociedad y naturaleza*, Buenos Aires, Depalma, 1945, p. 409.

106 Kelsen, *Teoría general del estado*, p. 137.

107 Hegel, *ciencia de la lógica*, II, pp. 46, 50.

108 *Idem*, I, p. 120.

109 *Idem*, p. 142.

110 *Idem*, p. 107.

111 *Idem*, p. 108.

112 Kelsen, *Causalidad e imputación*, p. 208.

ser indeterminado) se transforma en el ser determinado, que no excluye la categoría del ser, sino que la determina. Dicho de otro modo, el deber ser es la mediación para que el ser deje de estar indeterminado, es decir, para que deje de ser la nada. El deber ser es la mediación del ser (determinado) y de la nada (el ser indeterminado).

De otra manera aun, el deber ser distingue al ser humano de otros tipos de ser. Sólo con la unión del ser y del deber ser puede determinarse el ser social del ser humano. Pero dicha unión categorial no significa identidad, puesto que la identidad sólo es una unidad inmediata, en la cual no se ha desarrollado aún la diferencia, y la unidad implica la diferencia de lo que se une. ¿Cuál es dicha relación y cómo se estructura, entre el ser y el deber ser?, sólo puede indicarse a partir de su forma más concreta: la relación entre la causalidad y la imputación.

Otra manera de establecer la diferencia entre el ser causal y el deber ser imputativo, Kelsen la hace consistir en la distinta significación semántica de la forma gramatical de los juicios en que se enuncian ambos: la del juicio hipotético o condicional:

El principio de causalidad enuncia: Si A es, es (o será) B.

El principio de imputación enuncia: Si A es, debe ser B.¹¹³

La imposibilidad racional de pensar la transformación recíproca de la causalidad y de la imputación es una imposibilidad de “la lógica formal que es la lógica de la abstracción”¹¹⁴ y lo abstracto “es lo no verdadero”,¹¹⁵ porque sólo considera un aspecto de la realidad y, si considera a varios, los mantiene separados y yuxtapuestos. La formulación de la causalidad y de la imputación que construye Kelsen corresponde, de este modo, sólo a su aspecto cualitativo sin tomar en cuenta su aspecto cuantitativo.

La determinación cualitativa necesariamente se expresa, cuantitativamente, hasta el grado en que esa cualidad puede llegar a ser, sin ser otra, sin ser su opuesta. Pero como las determinaciones cuantitativas son las fases o momentos de la determinación cualitativa, la primera determinación cuantitativa de la cualidad “es la cualidad ya convertida en negativa”.¹¹⁶ La cualidad determinada cuantitativamente es ella misma y tampoco es ella misma. Es cualidad, continuamente la misma y cantidad, discontinuamente, distinta. Las cualidades contrarias se refieren recíproca y cuantitativamente, en alguna medida. La determinación cuantitativa es una variación gradual y progresiva de la determinación cualitativa.

Pero se introduce un punto de esta variación de lo cuantitativo en que la cualidad cambia y el cuanto se muestra como especificante, de modo que la relación

113 *Idem*, p. 214.

114 Lefebvre, Henri, *Lógica formal, lógica dialéctica*, Siglo XXI, México, 1985, p.94.

115 Hegel, citado por Lefebvre, *op. cit.*, p. 126.

116 Hegel, *Ciencia de la lógica*, I, p. 102.

cuantitativa variada se ha trastocado en una medida, y con esto en una nueva cualidad, un nuevo algo.¹¹⁷

Si pudiera encontrarse, con base en este hegeliano salto de lo cuantitativo a lo cualitativo, el punto nodal de transformación de la causalidad en la imputación quizá pudiera interpretarse a la primera como la determinación cuantitativa del derecho y a la segunda como su determinación cualitativa. Existen de hecho, en la costumbre y en la jurisprudencia, elementos que pudieran cumplir esta función lógica o epistemológica.

Así, la costumbre, en tanto que fuente del derecho, podría entenderse, como el proceso, mediante el cual un conjunto de hechos acumulados, cuantitativamente (*inveterata consuetudo*), hasta un punto crítico nodal (*opino iuris sive necessitatis*) a partir del cual se transforman las reglas, cualitativamente, mediante las cuales se resuelven las controversias. En el caso de la jurisprudencia, existe también una acumulación cuantitativa de casos resueltos de la misma manera que, a partir de cierto punto nodal (cinco a favor y ninguno en contra), modifican, cualitativamente, la interpretación jurídica. Por lo que se refiere a la legislación, las cosas no son tan claras, por la razón de que hay que tener en cuenta otro tipo de mediaciones que más adelante se expresarán.

Parece ser, no obstante, que con la derivación del deber ser a partir del ser, conforme al salto de lo cuantitativo a lo cualitativo, se implica la justificación del hecho del poder por el deber del derecho y, con ello, parecería que se pierde el ingrediente antideológico que Kelsen quiere destacar, al mantener la distinción epistemológica entre causalidad e imputación “para que nadie, por el hecho de dominar, pueda decir que tiene derecho a dominar”.¹¹⁸ Pero, en realidad, la única manera de evitar la ambigüedad que Kelsen introduce en la distinción entre causalidad e imputación cuando considera a la eficacia (causalidad) como condición de la validez (imputación),¹¹⁹ es precisamente, considerando que los hechos trascendidos por el derecho, mediante el salto de lo cuantitativo a lo cualitativo, son los hechos opuestos implicados en la hegeliana dialéctica del amo y del esclavo, puesto que permite cualificar a la lucha por la libertad contra el poder, aparte de legítima, dotada de la más alta racionalidad, cosa imposible dentro de la dualidad kelseniana.

Los hechos a partir de los cuales se desarrolla el derecho no son los simples hechos naturales ni tan siquiera los hechos culturales como tales, sino los hechos de los hombres enfrentados por sus intereses. Los hechos del amo, del dominador, de la clase dominante diría Marx,¹²⁰ para obtener y para reproducir su dominio y los

¹¹⁷ *Idem*, p. 471.

¹¹⁸ Correas, *El otro Kelsen*, p. 54.

¹¹⁹ Kelsen, *Teoría general del estado*, p. 167.

¹²⁰ Marx, citado por Lukacs Georg en *Historia y conciencia de clase*, México, Grijalbo, 1983, p. 54: “Estas relaciones no son de individuo a individuo, sino de trabajador a capitalista, de arrendatario a propietario, etc...”; Kosik, Kare, *La dialéctica de lo concreto*, Grijalvo, 1985, p. 243: “La dialéctica

hechos del esclavo, del dominado, de la clase dominada, para limitar el hecho del poder o para liberarse de él.

De la resultante de este enfrentamiento surgen la imputación jurídica y moral. De las causalidades humanas opuestas cuantitativas surge la imputación humana cualitativa. Y si el resultado no es, necesariamente, una síntesis dialéctica es porque el esclavo se somete a la ley del amo porque tiene miedo de morir¹²¹ y en la ley se establecen las condiciones de su dominación, pero también en la misma ley se encuentran las condiciones de su libertad, razón por la cual el proceso legislativo constituye el punto nodal en el que los conflictos económicos y políticos pueden encontrar una ideologización o una superación.

Pero la libertad de que se trata no es ya, la libertad abstracta que Kelsen opone, en la tercera formulación de su dualidad, a la también abstracta necesidad cuando dice que el hombre es libre porque su conducta constituye el punto final de la imputación¹²² con lo cual recae en la identidad del ser del poder con el deber ser del derecho, sino la libertad concreta con respecto del poder, es decir, como valor moral o subjetivo y ético u objetivo, necesario para la liberación de la autoconciencia del espíritu.¹²³

IV. IMPUTACIÓN JURÍDICA E IMPUTACIÓN MORAL

Si Kelsen opone el derecho como debe ser a la naturaleza como ser, considera así mismo, al derecho como ser, para oponerlo al deber ser de la moral:

el Estado o el orden jurídico pueden ser contrapuestos en su autonomía normativa al causalismo ciego de la naturaleza como un deber ser a un ser, y al propio tiempo, en cuanto Estado real, en cuanto orden jurídico positivo, pueden oponerse a los postulados meramente ético-subjetivos de la política.¹²⁴

Para ello introduce, en su sistema, el concepto de sanción coactiva:

El derecho sólo puede ser distinguido esencialmente de la moral cuando es concebido... como orden coactivo; es decir, cuando el derecho es concebido como un orden normativo que trata de producir determinada conducta humana,

del Señor y del esclavo' es el modelo fundamental de la praxis".

121 Hegel, *Fenomenología del espíritu*, p. 119: "... esta conciencia se ha sentido angustiada no por esto o aquello, no por este o por aquel instante, sino por su esencia entera, pues ha sentido el miedo de la muerte del señor absoluto"; Kojève, Alexandre, *La dialéctica del amo y del esclavo*, Buenos Aires, La pléyade, 1987, p. 187: "El hombre ha devenido esclavo porque tiene miedo de la muerte".

122 Kelsen, *Causalidad e imputación*, p. 216.

123 Kojève, *op. cit.*, p. 190: "El progreso en la realización de la libertad no puede ser efectuado sino por el Esclavo, que parte de una ideal no realizado de la libertad".

124 Kelsen, *Teoría general del estado*, p. 59.

en cuanto enlaza a la conducta opuesta un acto coactivo socialmente organizado.¹²⁵

En esta consideración podría parecer, a primera vista, que Kelsen ubica al derecho en algún lugar intermedio entre el hecho y el valor. El derecho participaría del elemento de positividad del ser y del elemento del valor del deber ser. Pero en realidad, esto no es así porque lo que hace Kelsen es cambiar, constantemente, de punto de vista y no logra ni intenta lograr una síntesis de los elementos contrapuestos del hecho y del valor.

Mantiene separadas, exteriormente, las abstracciones que obtiene desde cada uno de los puntos de vista. Dese el punto de vista del ser del derecho positivo, el valor moral del deber ser es sólo relativo y el derecho es algo absoluto,¹²⁶ pero desde el punto de vista del ser de hecho, el valor del deber ser jurídico es también algo relativo.¹²⁷ Esto trae como consecuencia, como dice Cerroni, que el derecho sea “nuevamente absorbido bajo la naturalidad o bajo la moralidad”,¹²⁸ sin que puedan distinguirse, en la norma fundamental, el hecho, el derecho y el valor que están unidos pero no identificados en la realidad concreta. Y puesto que “lo concreto es concreto porque es la síntesis de múltiples determinaciones, por lo tanto, unidad de lo diverso”,¹²⁹ por querer aferrarse a una “universalidad abstracta, la identidad formal”, la teoría pura del derecho “viene, de este modo, a oponerse a la verdad, que es universalidad concreta”.¹³⁰ Kelsen no niega que el derecho y la moral estén relacionados en la realidad social, pero considera que dicha relación es contingente e incluso variable o contradictoria, por lo que la ciencia del derecho no tiene por qué considerar a esta última como elemento del concepto del derecho.

La exigencia de escindir el derecho de la moral, y la ciencia jurídica de la ética, significa que la validez de las normas jurídicas positivas no depende de su correspondencia con el orden moral; que desde el punto de vista de un conocimiento dirigido al derecho positivo, una norma puede ser tenida como válida aun cuando contradiga al orden moral.¹³¹

Pero precisamente, la correspondencia y la contradicción del derecho con la moral son dos momentos distintos pero relacionados del desarrollo del derecho concreto. En correspondencia o en contradicción, el derecho necesita ser mediado con la moral para poder ser conceptualizado concretamente, es decir, para captarlo

125 Kelsen, *Teoría pura del derecho*, UNAM, p. 75.

126 *Idem*, p. 78.

127 Kelsen, *Teoría general del estado*, p. 137.

128 Cerroni, *op. cit.*, p. 45.

129 Marx, *Elementos fundamentales para la crítica de la economía política*, I, México, Siglo XXI, 1984, p. 21.

130 Hegel, *Enciclopedia*, p. 41.

131 Kelsen, *Teoría pura del derecho*, UNAM, p. 81.

en su desarrollo. Definir al derecho sin tomar en cuenta a la moral es considerarlo “como una manera abstracta de expresar el concepto”,¹³² considerarlo sólo “en sí”. Al respecto, afirma Hegel:

Se dice que las cosas están en sí en cuanto se abstrae de todo ser para otro, lo cual significa en general: en cuanto se las piensa sin cualquier determinación, como nada.¹³³

Y definir el derecho, mediando y suprimiendo la mediación, con la moral, es considerarlo como “el derecho para sí”. De lo cual, Hegel afirma también:

decimos, pues, que algo está para sí, en cuanto que elimina el ser otro, su relación y comunidad con el otro, esto es, las ha rechazado y ha abstraído de ellas. El otro existe para él sólo como un eliminado, como un momento suyo; el ser para sí consiste en esto: que se ha salido más allá del límite, más allá de su propio ser otro, de modo que, en cuanto es esta negación, es el retorno infinito en sí.¹³⁴

Conforme a esta diferenciación epistemológica, se puede decir que en el derecho está contenida la moral, pero no cualquier moral abstracta, sino la moral concreta de un determinado sistema social. Vale decir la moral dominante, pero también la crítica a esta moral dominante. Pero como siguiendo a Marx, “las ideas de la clase dominante son en cada época las ideas dominantes”,¹³⁵ y las ideas revolucionarias son el límite de las ideas dominantes, es necesario distinguir no ya entre moral y derecho sino la forma aparente y la forma real de suprimir la mediación entre ambos, puesto que los dos tipos de ideas coexisten en la ideología que, como dice el maestro Correas, existe sobre todo en la norma misma.¹³⁶

Es decir, para alcanzar el concepto del derecho no se puede rechazar a las ideas opuestas que constituyen a la moral, puesto que ésta está mediada con aquél dentro de las normas jurídicas, sino que se debe determinar la forma concreta cómo el derecho hace de la moral un momento suyo. Si se insiste en mantener la distinción en el abstracto nivel kelseniano, puede evitarse “una legitimación acrítica del orden coactivo estatal”,¹³⁷ pero no puede criticarse, jurídicamente, ningún orden jurídico porque “desde el punto de vista del positivismo jurídico, todo estado es un estado de derecho”,¹³⁸ es decir, no puede construirse un concepto del derecho “para sí” que sea entendido como la mediación del hecho y del valor. Por temor de que los valores sean utilizados para justificar a los hechos del poder, se desechan

132 Hegel, *Ciencia de la lógica*, I, p. 157.

133 *Idem*, p. 156.

134 *Idem*, p. 202.

135 Marx Engels, *La ideología alemana*, México, Cultura popular, 1985, p. 78.

136 Correas, *Kelsen y el Kantismo*, p. 866.

137 Kelsen, *Teoría pura del derecho*, UNAM, p. 82.

138 Kelsen, *Teoría general del estado*, p. 57.

los valores, “sólo para sancionar post festum... la tosca materialidad del hecho cumplido”.¹³⁹

Ciertamente que el derecho natural, que es el intento histórico político más importante de positivizar a la imputación moral¹⁴⁰ ha sido utilizado para “hacer pasar en cierto modo el Derecho Positivo como derecho natural”,¹⁴¹ pero también es cierto que “En la esfera del derecho la transformación (de éste) se produjo bajo el influjo revolucionario de la escuela iusnaturalista”.¹⁴²

En estas dos funciones que, históricamente, ha cumplido el derecho natural, consiste la diferencia entre la supresión aparente y la supresión real de la mediación entre derecho y moral. En el primer caso, la relación entre derecho y moral es mediatizada, es decir que, mientras el derecho media el ejercicio de un poder en general, el hecho del dominio concreto es ocultado por una ideología jurídica naturalista moral, o, en palabras de Hegel, es “hacer del universal mismo un particular, y, por consiguiente, una apariencia”¹⁴³ y, en el segundo caso, la mediación del poder por el derecho aparece como la contradicción entre el derecho con la moral, lo cual puede ser el presupuesto de una inmediatez del poder o la condición de una nueva reestructuración de la mediación que tenga como efecto un aumento de la libertad social. El hilo de la libertad reaparece, en este punto, como elemento indispensable de la conceptualización del derecho. Si Kelsen, para poder entender a la libertad, tuvo que separar a la imputación de la causalidad, sólo para llegar a unir a la responsabilidad humana con el poder,¹⁴⁴ se hace necesario reintroducir el tema de la unidad de la sociedad y de la naturaleza, para poder separar al derecho de la arbitrariedad, mediante el concepto para sí del derecho, entendido como “el reino de la libertad realizada”.¹⁴⁵

Para explorar la posibilidad de unir, más concretamente, a la sociedad con la naturaleza por medio de la libertad, se pueden utilizar los conceptos de la termodinámica moderna. De acuerdo a esta última, el término de “entropía negativa” equivale al de “energía libre”¹⁴⁶ que significa

una medida de la cantidad de energía disponible para la expansión, o lo que es lo mismo, el excedente, lo que queda después de restarle la cantidad necesaria para la existencia y la reproducción...¹⁴⁷

139 Cerroni, *op. cit.*, p. 47.

140 Kelsen, *La idea del derecho natural y otros ensayos*, México, Nacional, 1974, p. 17: ... “La teoría de la justicia, a la que denominamos derecho natural...”

141 *Idem*, p. 21

142 Bodenheimer, *op. cit.*, p. 196.

143 Hegel, *Enciclopedia*, p. 262, par. 509.

144 Ver nota núm. 22.

145 Hegel, *Filosofía del derecho*, México, UNAM, 1975.

146 Schrodinger, Erwin, *¿Qué es la vida?*, Barcelona, Orbis, 1986, p. 101.

147 La Rouché, Lyndou, “La ciencia de la ecología humana” *Boletín internacional*, vol. 4, núm., 4, agosto 1979, p. 14.

Si se pudiera extender a la sociedad, el término de la “liberación” de la energía a tasas cada vez mayores, que es, a la vez, el presupuesto y el resultado¹⁴⁸ de una mayor complejidad en la estructuración evolutiva de la materia y de la vida,¹⁴⁹ tal vez pudiera considerarse a la libertad como el elemento común entre la naturaleza y la sociedad. Podría decirse, de este modo, que lo que al nivel de la “naturaleza” es el aumento de la energía libre, en la sociedad es el incremento de la libertad política, es decir, el presupuesto y el resultado de una mayor complejidad en el desarrollo de la estructura social.¹⁵⁰

Esta propuesta conceptual de unificación de la sociedad y de la naturaleza, mediante el concepto de libertad, permite utilizar a la concepción teleológica del derecho para delimitar a la libertad con respecto del poder, cosa imposible dentro de la teoría kelseniana. Desde Kant hasta Stammler se ha intentado superar el dualismo entre necesidad natural y libertad moral, mediante el concepto de finalidad,¹⁵¹ pero ni aun Hegel ha podido construir un concepto lo suficientemente concreto de esta noción que escapara a la crítica kelseniana de la subsunción de la teleología bajo la causalidad:

esta consideración teleológica de la norma en nada se distingue esencialmente de la consideración causal, ya que lo que se nos revela como fin de la norma no es ni puede ser otra cosa que su efecto mentalmente anticipado y, concretamente, su efecto causal, es decir, provocado por la norma en cuanto causa.¹⁵²

Hegel, sin embargo, ha preparado el camino epistemológico para lograr la superación, *a priori*, de esta crítica kelseniana, al considerar al fin como un autodeterminante¹⁵³ que, siendo producto de la unidad de sus partes, las determina al transformalas en momentos suyos. Ha sido a partir del concepto de autodesarrollo de Hegel, como Marx ha podido transformar la abstracta teleología de Kant como unidad entre necesidad y libertad, en la concreta unidad de sociedad y naturaleza por medio de la conceptualización de la producción económica como la teleología concreta de la libertad:

148 Hegel, *Ciencia de la lógica*, II, p. 571: “Mantener firme lo positivo en su negativo, el contenido de la presuposición en el resultado, esto es lo más importante en el conocer racional... toda la lógica consiste en esto”.

149 De Chardin Teilhard, *La activación de la energía*, Madrid, Taurus, 1967, p. 355: “El Universo... no está en una disipación entrópica de la Energía ni en una ascensión rítmica de los números atómicos, sino precisamente en una inflexible deriva de la Energía corpusculizada hacia estados cada vez más elevados de complejidad-conciencia”.

150 *Idem*, p. 372: “¿no cabría, si verdaderamente deseamos unificar lo real, invertir, uno a uno, los valores, es decir, considerar el conjunto de lo termodinámico como un subefecto inestable y momentáneo de la agrupación sobre sí de lo que llamamos ‘conciencia’ o ‘espíritu’”.

151 Kant, *Crítica de juicio*, México, Porrúa, 1981; pp. 331, 332, 350; Recaséns Siches, *Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico*, pp. 55, 56.

152 Kelsen, *Problemas capitales de la teoría jurídica del estado*, p. 60.

153 Hegel, *Ciencia de la lógica*, II, p. 448.

La libertad, en este terreno, sólo puede consistir en que el hombre socializado, los productores asociados, regulen racionalmente este intercambio de materias con la naturaleza, lo pongan bajo su control común en vez de dejarse dominar por él como por un poder ciego, y lo lleven a cabo con el menor gasto posible de fuerzas y en las condiciones más adecuadas y más dignas de su naturaleza humana. Pero, con todo ello, siempre seguirá siendo éste un reino de la necesidad. Al otro lado de sus fronteras comienza el despliegue de las fuerzas humanas que se considera como fin en sí, el verdadero reino de la libertad, que sin embargo sólo puede florecer tomando como base aquel reino de la necesidad. La condición fundamental para ello es la reducción de la jornada de trabajo.¹⁵⁴

Puede afirmarse que para Marx, la libertad de tiempo, que es a lo que “se reduce, en definitiva, toda la economía”,¹⁵⁵ es la mediación entre la unidad de la energía natural libre y la libertad social la cual, a su vez, es la mediación entre el tiempo libre y la energía libre. La energía libre, el tiempo libre y la sociedad libre no son, entonces, más que momentos del desarrollo de la libertad humana en su relación económica con la naturaleza, libertad que, por esta razón, se autodetermina, teleológicamente, a sí misma, a través de la propia forma social que se pone a sí misma, también. Pero, como todo proceso dialéctico, el proceso de la libertad humana se desarrolla en contradicción con su forma, la cual, para mediar la superación o para mediatizar la perpetuación de la contradicción, adquiere la forma de la estructura jurídica.

V. EL DERECHO COMO LA ESTRUCTURA DIALÉCTICA DE LA LIBERTAD

Dice Raz que “Kelsen fue el primero en insistir en que es imposible penetrar en la naturaleza del derecho si limitamos nuestra atención a una sola norma aislada”.¹⁵⁶

Así, a partir de la conexión de los conceptos jurídicos fundamentales en la imputación material, de la interrelación de los ámbitos de validez en la imputación central y de la unidad de los procesos de creación normativa en la pirámide jurídica, Kelsen llega a construir, inductivamente, una estructura general del derecho, concebida como

un sistema de normas generales e individuales enlazadas entre sí de acuerdo con el principio de que el derecho regula su propia creación.¹⁵⁷

¹⁵⁴ Marx, *El capital*, III, México, FCE, 1979, p. 759.

¹⁵⁵ Marx, citado por Trotsky León, en *La revolución traicionada*, México, Juan Pablos, 1973, p. 73.

¹⁵⁶ Raz, Joseph, *El concepto de sistema jurídico*, México, UNAM, 1986, p. 158.

¹⁵⁷ Kelsen, *Teoría general del derecho y del estado*, p. 156.

De acuerdo a esta autocreación normativa, según Kelsen,

cada norma de este orden es creada de acuerdo con las prescripciones de otra y, en última instancia, de acuerdo con lo que establece la fundamental que constituye la unidad del sistema.¹⁵⁸

De manera que

si prescindimos de los casos limítrofes a que más tarde habremos de referirnos, normalmente cada acto es al propio tiempo creador y aplicador del derecho. Por regla general, la creación de una norma jurídica es aplicación de un precepto de grado más alto, que regula su creación; y la aplicación de una norma superior, normalmente es creación de otra inferior determinada por aquella.¹⁵⁹

Pero precisamente, los casos limítrofes a que se refiere Kelsen, son los que impiden considerar, dentro de su esquema conceptual, el derecho como un sistema que se autorregula. Dichos casos son, precisamente, los que impiden a Kelsen unificar a lo normativo y separarlo de lo causal.¹⁶⁰

Los dos límites extremos de la pura norma (que ya no es hecho, mirando hacia arriba) y el puro ser (que tampoco es ya norma, mirando hacia abajo) son, de una parte, la norma fundamental suprema, no positiva, sino hipotética, supuesta por la teoría; y de otra, el último acto de ejecución de la norma individualizada.¹⁶¹

Es decir, el puro hecho, que no es un proceso de creación normativa, ni la pura norma, que no es producto de un hecho de ejecución normativa, son los eslabones extremos de una cadena normativa lineal, que no llegan a unirse nunca ni a determinarse recíprocamente, por lo que el derecho considerado como un todo, no puede considerarse como que se determina a sí mismo.

Lo que impide a Kelsen considerar al derecho como un todo que se autorregula a sí mismo, es que presupone, en su reconstrucción teórica, lo que Hegel llama la mala infinitud o la progresión hasta el infinito.

La mala infinitud en la fundamentación del derecho

La expresión “progresión hasta el infinito” ha sido utilizada en teología, en filosofía y en el derecho para indicar una progresión de hechos, de conceptos o de normas que, por no tener fin o límites, es rechazada como principio para explicar el mundo, el pensamiento o el orden jurídico. Así Aristóteles, respecto de la naturaleza, dice:

¹⁵⁸ *Ibidem*.

¹⁵⁹ *Idem*, p. 156.

¹⁶⁰ *Ver supra*, p. 21

¹⁶¹ Kelsen, *Teoría general del estado*, pp. 326-327.

no existe una serie infinita de causas, ni una infinidad de especies de causa. Y así, desde el punto de vista de la materia, es imposible que haya producción hasta el infinito.¹⁶²

Y Sexto Empírico, en relación con el segundo *tropo* del pensamiento, afirma, según Hegel:

Si se hace de lo pensado el criterio de enjuiciador de lo sentido, aquéllo necesitará, a su vez, recurrir a otro para fundamentarse... pero este otro criterio será también algo pensado que necesitará por tanto, a su vez, de una nueva fundamentación, con lo cual nos veremos llevados hasta el infinito.¹⁶³

Y Kelsen, por lo que se refiere al derecho, rechaza el progreso al infinito para fundamentar al derecho:

la norma que representa el fundamento de validez de otra norma es, en su respecto, una norma superior; pero la búsqueda del fundamento de validez de una norma no puede proseguir hasta el infinito, como la búsqueda por una causa de un efecto.¹⁶⁴

Hegel denomina a este vicio del pensamiento como infinitud mala porque consiste, únicamente, en “ir más allá de lo finito”, en “la negación de lo finito”, pero sin ser “capaz de liberarse de él en verdad”, lo cual trae como consecuencia que “el progreso al infinito es por lo tanto sólo la mismidad que se repite, una y misma molesta alteración de este finito e infinito”,¹⁶⁵ es decir, el progreso al infinito es un “continuo superar el término... y el perpetuo recaer en él”.¹⁶⁶ El mismo Hegel denomina a este proceso como falsa infinitud, porque a pesar de ser el primer intento “la primera elevación de la representación sensible por encima de lo finito en el pensamiento”¹⁶⁷ es en realidad otro finito, porque: “Este infinito tiene la firme determinación de un más allá imposible de ser alcanzado” y, por lo tanto, “es sólo uno de los lados, es él mismo finito, no es el todo..., tiene su término en aquél que le está enfrente; y así es el infinito finito”.¹⁶⁸

También Hegel denomina al proceso al infinito como infinitud del intelecto, ya que éste “presupone como permanentes tanto al límite y lo finito” y no “se da cuenta que ambos comparecen allí como momentos del todo”, es decir, como la

162 Aristóteles, *Metafísica*, México, Porrúa, 1980, p. 32.

163 Hegel, *Lecciones sobre la historia de la filosofía*, II, FCE, México, 1985, p. 446; ver p. 435: “Estos modos determinados de la contraposición a través de los cuales se llega al retraimiento de la enunciación es lo que los escépticos llaman giros (*tropoi*)...”

164 Kelsen, *Teoría pura del derecho*, UNAM, p. 202; Esquivel Pérez, *Kelsen y Ross...*, p. 77.

165 Hegel, *Ciencia de la lógica*, I, pp. 182, 183.

166 *Idem*, p. 295.

167 *Idem*, p. 192.

168 *Idem*, pp. 182, 184.

unidad de ambos.¹⁶⁹ El proceso al infinito, recapitulando, es un infinito malo porque no supera a lo finito, es un infinito falso porque él mismo es un finito y es unilateral porque no puede unirse a lo finito.

Ahora bien, a pesar de que Kelsen rechaza el progreso al infinito para estar en condiciones de fundamentar al derecho, en realidad lo presupone como tal, es decir, como infinito malo, falso y unilateral cuando supone la validez de una norma básica que, al modo del “motor inmóvil” que Aristóteles supone para fundamentar el movimiento,¹⁷⁰ es una “norma innormada”, porque dicha norma no fundamenta, positivamente, al derecho positivo (no supera a lo finito), porque ella misma carece de fundamento (es un finito) y porque no puede unirla con las normas positivas (no une a lo finito con lo infinito). De esta manera, por querer evitar el progreso al infinito, en tanto que *tropo* o vicio del conocimiento, cae en otro, el que Sexto Empírico denomina como el de la hipótesis.¹⁷¹

Pocos esquemas jurídicos como el de Kelsen dan la imagen, aunque truncada, del infinito malo: “La imagen del progreso al infinito está en la línea recta”.¹⁷² Y efectivamente, la concepción dinámica del sistema kelseniano como

sistema generador de normas escalonadas jerárquicamente en su concreción a partir de la constitución y por escalones intermedios (leyes, reglamentos, decretos, contratos, sentencias, etcétera) hasta actos individuales de ejecución,¹⁷³

puede representarse y, de hecho se ha representado de una manera lineal,¹⁷⁴ en cuyas puntas se encuentra, por un lado “la NB (norma básica) (que) no vale por haber sido creada de cierto modo, sino que... es presupuesta como válida”¹⁷⁵ y, por otro, los actos de pura ejecución normativa.¹⁷⁶

Parecería que Kelsen, al establecer límites a la línea recta normativa, está prescindiendo del infinito malo para fundamentar el derecho, en realidad lo que

¹⁶⁹ *Idem*, p. 188.

¹⁷⁰ Aristóteles, *op. cit.*, p. 210: “El principio de los seres, el ser primero, no es susceptible de nuestra opinión, de ningún movimiento, ni esencial, ni accidental, y antes bien él es el que imprime el movimiento primero, movimiento eterno y único. Pero puesto que lo que es movido necesariamente es movido por algo (es) que el primer motor es inmóvil en su esencia...”; García Maynéz, *Algunos aspectos de la doctrina Kelseniana*, México, Porrúa, 1978, p. 163: “Aristóteles, crítico del platonismo, coronó su sistema con la noción de acto puro, forma de formas o primer motor inmóvil, en que concurren todos los atributos de la idea. Y Kelsen, crítico del derecho natural, refiere la validez de todo ordenamiento positivo a la norma fundamental hipotética, primer motor inmóvil del proceso de creación jurídica, norma pura en que todas las demás descansan y sobre la cual no existe ninguna otra de rango superior”.

¹⁷¹ Hegel, *Lecciones sobre la historia de la filosofía*, II, p. 447.

¹⁷² Hegel, *Ciencia de la lógica*, I, p. 190.

¹⁷³ Esquivel Pérez, *Kelsen y Ross...*, p. 69.

¹⁷⁴ Tamayo y Salmorán, Rolando, *Sobre el sistema jurídico y su creación*, pp. 9496.

¹⁷⁵ Esquivel Pérez, *Kelsen y Ross...*, p. 77.

¹⁷⁶ *Idem*, p. 130: “Es esta concepción uniforme, solamente, el acto creador de la norma básica y el acto aplicador de la sanción coactiva no eran al mismo tiempo actos de creación y de aplicación”.

hace es introducir, sin mediarlos, dos fundamentos del derecho positivo, al condicionar la validez (*condición per quam*) del sistema jurídico por su eficacia (*conditio sine qua non*),¹⁷⁷ en la norma fundamental hipotética,¹⁷⁸ lo cual tiene como consecuencia que:

a causa de esta diversidad el contenido del fundamento... , la asignación de fundamentos reales se convierta en un formalismo. Por eso, ahora, se presenta el caso de que él no contiene en sí mismo la indicación de cuál de las múltiples determinaciones tenga que ser considerada como esencial.¹⁷⁹

Esta dualidad de fundamentos no mediados el uno por otro es lo que hace decir a Esquivel Pérez:

quedaría en pie la pregunta de si se puede seguir hablando de normas en el caso de un orden coactivo y eficaz no fundamentado. Si se responde que sí... su pertenencia habría de decidirse sin recurrir a la NB... Si se contesta que no... el concepto de norma no es condición necesaria para hablar de derecho...¹⁸⁰

El carácter supuesto de la norma básica, al pretender soslayar la mala infinitud, es una huida por encima de lo limitado,¹⁸¹ que no “pone” el fundamento sino que sólo lo presupone¹⁸² que:

se reduce a un puro formalismo y una vacua tautología, que expresa... aquel mismo contenido que se halla ya en la forma de la existencia inmediata, considerada como puesta.¹⁸³

En efecto, la norma hipotética fundamental de Kelsen repite el contenido de la norma constitucional y nada añade a la validez del sistema jurídico que supuestamente funda. Lo cual se confirma con su “formulación completa”, que según Kelsen está descrita por el enunciado:

los actos coactivos deben ser establecidos bajo las condiciones y del modo como lo estatuyen la primera constitución estatal histórica y las normas creadas conforme a ella.¹⁸⁴

177 Kelsen, *Teoría general del derecho y del estado*, p. 140.

178 Kelsen, *Teoría pura del derecho*, UNAM, p. 217.

179 Hegel, *Ciencia de la lógica*, II, p. 106.

180 Esquivel Pérez, *Kelsen y Ross...*, p. 79.

181 Hegel, *Ciencia de la lógica*, I, p. 192.

182 *Idem*, p. 83: “Pero el ser determinado tiene todavía el solo significado del ser puesto, y *presupone* esencialmente un fundamento, más bien en el sentido de que no lo *pone*...” que:

183 Hegel, *Ciencia de la lógica*, II, p. 97.

184 Esquivel Pérez, *Kelsen y Ross...*, p. 77.

Para lo cual es suficiente, no obstante, el contenido de la primera constitución y el de las normas derivadas de ella. Con esto, el fundamento formal de la norma hipotética fundamental

contiene sólo un único contenido para el fundamento y lo fundado; en esta identidad se halla su necesidad, pero, al mismo tiempo, su tautología. El fundamento real contiene un contenido diferente; pero con esto entra en juego la accidentabilidad y la exterioridad de la relación fundamental.¹⁸⁵

Esta accidentabilidad del fundamento real se ve claramente en la derivación formal de validez de las normas y en la preponderancia del aspecto de “delegación” de autoridad por sobre el aspecto de “subsunción” de contenidos de las normas,¹⁸⁶ lo que lleva a la consecuencia ineludible de que

en el caso de los órganos de última instancia, cuya decisión no puede ser revocada, las normas individuales creadas por ellos son válidas aun cuando su contenido no corresponda con la norma general que están aplicando.¹⁸⁷

Por lo que:

la relación de fundamentación existe en todos los casos en que una norma es creada por un órgano y mientras ésta no ha sido anulada. La noción de fundamentación se amplía hasta tornarse casi inútil.¹⁸⁸

Así, el fundamento de validez supuesto es tautológico y la eficacia es arbitraria y accidental, de modo que ni la validez fundamenta a la eficacia real ni de la eficacia real se deduce la validez. Y, como dice Hegel:

la confusión se acrecienta aún más, cuando unas determinaciones reflejadas y puramente hipotéticas se mezclan con las determinaciones inmediatas del fenómeno mismo.¹⁸⁹

Para tratar de remediar esta situación que, por un lado, prescinde de los valores para que, al fundamentar el derecho no se justifique el poder existente¹⁹⁰ y, por otro,

¹⁸⁵ Hegel, *Ciencia de la lógica*, II, p. 104.

¹⁸⁶ Esquivel Pérez, *Kelsen y Ross...*, p. 132: “La determinación puede, también incluir el contenido, pero nunca será tal que la norma se reduzca lógicamente del contenido de la norma superior... existiendo siempre una determinación discrecional por parte del órgano aplicador de la norma superior al crear la norma inferior. Lo que ocurre es que, dada esta caracterización de la relación, el aspecto básico es la determinación del proceso de creación de la norma inferior, ya que es condición necesaria y suficiente para fundamentar la validez”.

¹⁸⁷ *Ibidem*.

¹⁸⁸ *Idem*, p. 133.

¹⁸⁹ Hegel, *Ciencia de la lógica*, II, p. 100.

¹⁹⁰ Correas, *El otro Kelsen*, p. 42: ... “los iusnaturalistas no aceptan esta discusión, puesto que lo justo ha sido previamente sustraído y colocado como absoluto. Sólo una teoría pura permite discutir, políticamente, el contenido del derecho. Precisamente porque separa la forma del contenido”.

justifica todo poder como jurídico, por no poder fundamentar el derecho,¹⁹¹ Kelsen recayó, nuevamente, en la mala infinitud, pues no otra cosa implica la norma básica interpretada como una ficción del “como si” vaihingeriana.¹⁹² Si la norma fundamental hipotética es, como toda norma, el sentido de un acto de voluntad,¹⁹³ “la suposición de ésta contradice a la realidad, ya que no existe una norma tal, que sea el sentido de un acto real de voluntad”,¹⁹⁴ porque tal voluntad no existe y si Kelsen supone una autoridad ficticia¹⁹⁵ para dar congruencia a la norma básica, nada impide suponer otra norma ficticia y otra autoridad ficticia y, así hasta el infinito, ya que la puerta de la mala infinitud no se había cerrado realmente, y sobre la cual no se puede fundar nada seriamente.

Kelsen ha redefinido, posteriormente, a la norma ficticia básica como supuesto, no del derecho, sino de “todo aquel que piense en el derecho”,¹⁹⁶ lo que ha permitido al maestro Ulises Schmill reinterpretarla como el “principio fundamental de la jurisprudencia”,¹⁹⁷ al maestro Óscar Correas como el hecho ideológico que fundamenta el derecho en nuestras conciencias¹⁹⁸ y a la teoría egológica de Carlos Cossio equipararla también con el hecho del estilo de pensar propio del jurista.¹⁹⁹ Pero, aunque dichas orientaciones teóricas nos indiquen el camino para conservar a la norma ficticia básica kelseniana, no bastan para superar su contradicción con el principio de imputación, contradicción que impide considerar la manera como el derecho se autoconstituye en una estructura jurídica, es decir, no son suficientes para determinar el orden de las mediaciones entre la ficción y la imputación, de modo que estas últimas

son más bien determinaciones extraídas de lo que tenía que fundarse en ellas, es decir son hipótesis y ficciones deducidas por una reflexión que carece de sentido crítico. En realidad nos hallamos en una especie de círculo encantado, en que las determinaciones de la existencia y las determinaciones de la reflexión el fundamento y lo fundado, los fenómenos y los fantasmas en asociación inseparable se confunden entre ellos y gozan de rango igual.²⁰⁰

La superación de la falsa infinitud que Kelsen no logra desde el extremo de la norma fundamental, Alf Ross lo va intentar desde el extremo de los hechos de ejecución jurídica. Para superar el dualismo entre hecho y derecho Ross subsume

191 Ver *supra*, nota 22.

192 Esquivel Pérez, *Kelsen y Ross...*, pp. 80, 81.

193 *Idem*, p. 46.

194 *Idem*, p. 81.

195 *Ibidem*.

196 Raz, *op. cit.*, p. 170.

197 Schimill Ulises, La pureza del método en la teoría Kelseniana, en *Pureza metódica y racionalidad en la teoría del derecho*, pp. 38, 39.

198 Ver *supra*, nota núm. 69.

199 Herrendorf, *op. cit.*, p. 143.

200 Hegel, *Ciencia de la lógica II*, p. 101.

al segundo en el primero, pues entiende a las normas jurídicas “como hechos psicofísicos, expresiones que en parte reflejan y en parte crean, a su vez, actitudes reales de conducta”.²⁰¹ Con ello, se consideran a ambas determinaciones como finitas, que se niegan sus diferencias cualitativas y “la finitud es la negación cualitativa empujada hasta el extremo”, donde toda conciliación con su otro... se ve impedida y “lo finito de este modo se deja por cierto llevar... hacia lo infinito”.²⁰² Y esto es precisamente lo que le pasa a Ross, al tratar de sistematizar a las normas, es decir, al tratar de buscar la relación que existe entre las normas de competencia entre sí, puesto que las normas de conducta dependen de aquéllas: cuando se topa de lleno con la cuestión del fundamento.²⁰³

Dicho fundamento ya no puede ser lo “vivido como obligatorio” por los “órganos jurídicos”,²⁰⁴ puesto que, son, precisamente, las normas de competencia las que determinan la calidad jurídica de órgano jurídico,²⁰⁵ sino una norma supuesta de competencia suprema y una ideología correspondiente, procurando, de este modo, evitar caer en el “vicio de la flexibilidad”, pero cayendo sin saberlo en la presuposición del infinito malo.²⁰⁶

Así, con el objeto de fundamentar “racionalmente” al derecho, Ross arriba a la norma básica de un sistema jurídico: “Esta norma diría aproximadamente: obedeced a la autoridad instituida por el artículo 135 hasta que esta autoridad designe un sucesor, entonces obedeced esta autoridad hasta que ella misma designe un sucesor; y así indefinidamente”.²⁰⁷ Sin darse cuenta, Ross incurre, por el otro lado de la línea, en el infinito malo, como lo demuestra la frase “y así indefinidamente”. Lo infinito malo puede pensarse no sólo hacia atrás sino también hacia adelante.

Al respecto dice Hegel:

La imagen del progreso al infinito está en la línea recta, en cuyos dos términos sólo existe y siempre sólo existe el infinito (justamente) allí dónde aquélla (línea) a pesar de ser un existente no existe; en cambio esta línea sale hacia este no existir suyo, vale decir, a lo indeterminado.²⁰⁸

201 Esquivel Pérez, *Kelsen y Ross...*, p. 84.

202 Hegel, *Ciencia de la lógica I*, pp. 166, 167.

203 Esquivel Pérez, *Kelsen y Ross...*, pp. 104, 107.

204 *Idem*, p. 104.

205 *Idem*, p. 108.

206 Esquivel Pérez, *Kelsen y Ross...*, p. 108; Ross, *op. cit.*, p. 78: “Puesto que la serie de autoridades no puede ser infinita, es forzoso concluir que en última instancia las normas más altas de competencia no pueden ser sancionadas; ellas tienen que ser presupuestas”; Hegel, *Lecciones sobre la historia de la filosofía II*, p. 447: “Si no se quiere que la argumentación se remonte al infinito, ni dar tampoco nada por supuesto, resultará que el fundamento se fundamentará necesariamente apoyándose en lo fundamentado”.

207 Esquivel Pérez, *Kelsen y Ross...*, p. 111; Ross, “Sobre la autoreferencia y un difícil problema del derecho constitucional”, en *El concepto de validez y otros ensayos*, México, Fontamara, 1991, p. 80.

208 Hegel, *Ciencia de la lógica I*, p. 190.

Y, efectivamente, Ross deja el fundamento del sistema jurídico, totalmente, indeterminado. Y aunque a la inversa de Kelsen, que concluye con un infinito malo “ficticio”, Ross termina con un infinito malo “real”, en realidad ambos autores llegan a conclusiones contrarias a sus postulados epistemológicos iniciales. Esquivel Pérez detecta, claramente, esta paradoja:

La tesis normativista, representante del racionalismo soluciona el problema (del fundamento del orden jurídico) mediante una norma básica (Kelsen) como fuente de validez; la tesis sociológica empirista ve en las costumbres reales las últimas fuentes de la realidad jurídica. Aquí, como en cuestiones anteriores, ambas posiciones se ven envueltas en antinomias y cada una de las tesis supone a la adversa, cayendo en el dualismo. Las preguntas ¿qué norma fundamental es real?, y ¿qué costumbre es válida?, precipitan a cada teoría en brazos de su opositora?²⁰⁹

Esquivel Pérez ha apreciado, admirablemente, la doble contradicción, pero no la ha explicado. Tal vez, un principio de resolución de las dos contradicciones, una por medio de la otra, resida en la siguiente afirmación de Hegel:

cuando algo ha sido determinado como positivo, si se prosigue a partir de este fundamento, se nos convierte en negativo de inmediato, entre las manos, y viceversa lo que ha sido determinado como negativo, se convierte en positivo, de manera que el pensamiento reflexivo se enreda en estas determinaciones y se contradice a sí mismo.²¹⁰

Sólo el concepto de infinitud real, en sentido hegeliano, nos puede permitir tratar de encontrar a la vez que un fundamento integral del derecho, la verdadera autodeterminación del sistema jurídico, conservando y superando, simultáneamente, el realismo y el formalismo como elementos de la estructura jurídica.

La infinitud real en la fundamentación del derecho

El obstáculo epistemológico que impedía a Ross encontrar el fundamento del derecho en sí mismo, el vicio de la autorreferencia, reflexibilidad o prueba circular, no ha impedido a Joseph Raz considerar como inobjetable el que se pueda considerar como válidas a normas jurídicas “parcialmente autorreferentes”,²¹¹ porque la validez de todas las normas de un sistema jurídico presupone la validez de las restantes, es decir, que la validez de cada una de las normas del mismo deriva de su pertenencia al sistema considerado en su conjunto.²¹²

209 Esquivel Pérez, *Kelsen y Ross...*, pp. 104, 105.

210 Hegel, *Ciencia de la lógica II*, p. 68.

211 Raz, *op. cit.*, p. 171.

212 *Idem*, p. 173.

Sin embargo, para que esta concepción pudiera considerarse como descriptiva de un sistema jurídico que se crea a sí mismo, habría primero que superar las objeciones que la lógica formal opone a la autorreferencia, pues de esta superación es de donde surge el infinito verdadero. La autorreferencia de los lógicos modernos es un refinamiento del quinto *tropo* de los escépticos antiguos: el de la reciprocidad o de la pruebas circular. Dice Sexto Empírico, según Hegel:

Aquéllo que se trata de probar se razona por medio de algo que necesita, a su vez, apoyarse en otro fundamento, el cual es probado a su vez por aquéllo que mediante él se prueba, de modo que cada uno de los dos términos se apoya en el otro, y mutuamente.²¹³

Y dice Russell, según Ross: “principio del círculo vicioso: cualquier cosa que implique el todo no debe ser (un objeto) del conjunto”.²¹⁴

De acuerdo con esto último, la propuesta de Raz no puede ser válida lógicamente, porque siendo el fundamento de validez de las normas de un sistema jurídico, su conjunto, éste no puede considerarse como parte del sistema y, por lo tanto, la creación del sistema no puede ser entendido como autoconstituyente.

Sin embargo el todo no puede ser parte de sí mismo²¹⁵ sólo si se considera que “el todo es igual a las partes y las partes son iguales al todo”,²¹⁶ pero “el todo no es igual a ellas consideradas como diferentes independientes, sino como conjunto”.²¹⁷ Es decir, que el todo, en tanto que es constituido por las partes, es igual a ellas, pero, en tanto que las partes están constituidos por el todo, como “momento determinado”²¹⁸ suyo, éste constituye el fundamento de las partes como tales.

Esta variación del momento analítico al momento sintético “es..., el absoluto contragolpe suyo en sí mismo”,²¹⁹ mediante el cual

en el resultado se supera el carácter unilateral del resultado y es él mismo aquello de donde procede; procede tan sólo de sí y es por tanto, asimismo, aquello que aparecía primeramente como su otro y como lo primero. Se niega a sí mismo como resultado; es en sí mismo el contragolpe consistente en presuponerse a sí mismo y superar esta presuposición en cuanto presuposición, dado que ella es puesta en sí mediante el resultado, y ponerla como algo puesto.²²⁰

213 Hegel, *Lecciones sobre la historia de la filosofía*, II, p. 447.

214 Ross, *Sobre la autoreferencia*, p. 58.

215 *Ibidem*.

216 Hegel, *Ciencia de la lógica* II, p. 169.

217 *Idem*, p. 170.

218 *Ibidem*.

219 *Idem*, II, p. 79.

220 Hegel, *El concepto de religión*, México, FCE, 1986, pp. 216, 217.

En un primer momento analítico, son las partes el fundamento del todo, la condición lo es del resultado, lo puesto de lo presupuesto, la finitud de la infinitud; pero en un segundo momento sintético, el todo es el que determina a las partes como partes suyas, es el resultado, él que da sentido a la condición; es lo presupuesto, lo que incluye dentro de sí a lo que se pone, a lo positivo y es por la infinitud por la que se entiende la finitud. “La infinitud es, pues, este retorno dentro de sí”²²¹ de la finitud.

Este retorno a sí mismo y desde sí mismo de lo fundado (lo finito), como “retorno al fundamento y el emerger de él hacia lo puesto, ya no es tautología”,²²² es decir, ya no es un razonamiento circular o autorreferente aunque, como dice Hegel, “su imagen se convierte en el círculo”,²²³ porque la parte, la condición, lo puesto, lo fundado, lo finito, el contenido, lo real a lo que se retorna ya no es el mismo del que se parte, pues ya está mediado por el todo, el resultado, el presupuesto, lo fundamental, lo infinito, la forma, lo ideal y, por lo tanto, contiene el elemento mediador dentro de su transformación.²²⁴

A la luz de la infinitud verdadera, la norma fundamental hipotética de Kelsen (fundamento formal) presupone a los hechos fácticos y eficaces de Ross (y posiblemente esto significa la condicionalidad de la validez *conditio per quam* por la eficacia *conditio sine qua non*) y la empiricidad de los hechos jurídicos de Ross (fundamento real) presupone a la norma fundamental de Kelsen (que quizá explique su necesidad de fundamentar las normas de competencia).

Lo que en cada uno está supuesto como fundamento (la efectividad de Kelsen y la normatividad en Ross), en el otro está puesto también como fundamento (la efectividad que Kelsen supone, Ross la pone realmente y la normatividad que Ross supone, Kelsen la pone efectivamente). Los supuestos de cada uno, efectividad y normatividad respectivamente, pueden eliminarse, al momento de mediar, uno por otro, los fundamentos puestos por cada uno, porque los fundamentos supuestos no son más que la expresión externa de la búsqueda, por parte del pensamiento, para encontrar a “su otro” de lo puesto por cada quien.²²⁵

221 Hegel, *Ciencia de la lógica* I, p. 192.

222 *Idem*, II, p. 102.

223 *Idem*, I, p. 190.

224 *Idem*, II, p. 579: “En el método absoluto, el concepto se *conserva* en su ser otro, lo universal se conserva en su particularización, en el juicio y en la realidad; en cada grado de ulterior determinación lo universal eleva toda la masa de su contenido precedente y, por su progresar dialéctico no sólo no pierde nada, ni deja nada tras de sí, sino que lleva consigo todo lo adquirido y se enriquece y se condensa en sí mismo”.

225 *Idem*, II, p. 112: “La relación fundamental en su totalidad es así esencialmente reflexión que *presupone*; el fundamento formal presupone la determinación de contenido *inmediata*, y esta como fundamento real, presupone la forma. El fundamento es, por consiguiente, la forma de la vinculación *inmediata*; pero de tal manera, que se rechaza de sí misma y más bien presupone la *inmediación*, y se refiere en esta a sí, como otro. Este inmediato es la determinación de contenido, el simple *fundamento*, pero como tal, es decir, como fundamento, es justamente rechazado de sí y se refiere a sí, igualmente, como a otro”.

Lo puesto como fundamento por Kelsen, la norma hipotética necesita y busca a su otro, la efectividad, pero sólo puede presuponerla como fundamento y no puede desarrollarla. Y lo puesto como fundamento por Ross, los hechos psicosociales, requiere a sí mismo a su otro, la norma de competencia suprema que también supone como fundamento sin desarrollar. Esto resulta así porque desde un principio, epistemológicamente hablando, se excluyó a lo opuesto de su determinación metodológica fundamental. Kelsen excluyó al ser y desarrolló solamente al deber ser y Ross, excluyó a la validez para reducirla a la facticidad. Pero como “cada uno existe así en general, en primer lugar, en la medida en que el otro existe; es lo que es, por medio de otro, es decir, por medio de su propio no ser”,²²⁶ la negación de la oposición sólo tiene como consecuencia su no desarrollo pero no su supresión y, así no desarrollada, la oposición reaparece cuando se llega al fundamento.

Pero como lo opuesto al deber ser y negado por Kelsen, es desarrollado por Ross y lo opuesto al ser y negado por Ross, es desarrollado por Kelsen, ambos desarrollos han sido unilaterales, su mediación en el fundamento tendrá como consecuencia su reformulación, pero también su conservación. El fundamento jurídico de las normas jurídicas sería, de este modo, el sistema jurídico como un todo, a la manera de Raz, pero también, al modo de la teoría general de los sistemas, como un subsistema del todo social,²²⁷ en el que la unidad del ser y del deber ser redefinidos por el todo, tendrían que ser mediados por el valor para poder relacionar el autodesarrollo de la estructura jurídica con la libertad.

El contenido del derecho como el conjunto de sus determinaciones formales

El principal obstáculo para reconstruir un sistema jurídico que se auto estructure a través de sus mediaciones, radica en la separación analítica de la forma del derecho con su contenido. Kelsen es paradigmático en este sentido:

No cabe reconocer una diferencia entre derecho y moral con respecto de qué sea lo que ambos órdenes sociales ordenan o prohíben, sino únicamente en cómo ellos obligan o prohíben una determinada conducta humana... la pregunta por la relación entre derecho y moral no es una interrogante acerca del contenido del derecho, sino una pregunta por su forma.²²⁸

Sin embargo, “La forma dice Hegel contiene en sí misma su capacidad de determinarse, es decir, de darse a sí misma un contenido”,²²⁹ porque “estas formas

²²⁶ *Idem*, II, p. 152.

²²⁷ Livas, Javier, *Cibernética, estado y derecho*, México, Gernika, 1988, p. 61: “un sistema puede estar dividido en subsistemas en los cuales éstos tienen como medio ambiente a todos los objetos restantes del sistema”.

²²⁸ Kelsen, *Teoría pura del derecho*, UNAM, pp. 75, 78.

²²⁹ Hegel, *Ciencia de la lógica I*, pp. 82, 83.

no son otra cosa que las diferencias originarias de la idea misma²³⁰ cuyo contenido “al desdoblarse”, se convierte en forma.²³¹

De modo que el contenido es el conjunto de las determinaciones formales.²³² Así, la forma jurídica, la forma social y la forma moral constituyen, mediante sus relaciones semejantes, diferentes y opuestas, el contenido del derecho, o más bien, el desarrollo de su contenido. Si pudiera decirse, como hemos propuesto, que dicho contenido es la libertad, podríamos decir también que así como el grado y la forma como se encuentra estructurada la materia, determina la cantidad de energía libre y disponible para nuevas estructuraciones de la misma; de modo semejante, la forma en que se estructure el derecho determinará el grado de energía laboral libre, de tiempo libre y de libertad política disponibles para nuevas reestructuraciones de las formas jurídicas, y que el grado de libertad social que produce una estructura jurídica es la medida de la justicia del sistema en su conjunto. Así como no se puede conocer el derecho por medio de una sola norma aislada, tampoco se puede medir la justicia de la estructura formal de la libertad por sólo un momento de su desarrollo. Es necesario tomar en cuenta todos sus momentos: el momento particular o relaciones de propiedad (espíritu subjetivo), el momento general o relaciones políticas (espíritu objetivo) y el momento absoluto o relaciones internacionales (espíritu absoluto). Determinar, en otras palabras, la estructuración jurídica de la propiedad, el estado y el derecho internacional.

Decir que la estructura formal de la libertad, es decir, el derecho, es injusta no es negarle el carácter de derecho sino es sólo considerarlo como un derecho en sí (objeto de la teoría del derecho) que está abierto a varias posibilidades: a ser instrumento de dominación del amo o a ser un arma para la liberación del esclavo; a subordinar a uno de sus momentos, los restantes o a equilibrarlos y, por último, a ocultar o a develar aquella dominación o esta subordinación mediante una ideología (objeto de la crítica jurídica), que pone a lo particular como si fuera lo general o lo absoluto. Pero decir que sólo es derecho el derecho en sí, sin tomar en cuenta su mediación con la producción de energía laboral libre en cualquiera de sus momentos (objeto de la sociología del derecho), es considerar fuera del derecho a las determinaciones por medio de las cuales se actualizan la dominación o la liberación, la subordinación o el equilibrio o el ocultamiento o la develación de la ideología jurídica. Y finalmente, considerar al derecho como mediación de la libertad de tiempo y con la libertad social, en todos sus momentos (objeto de la axiología jurídica) es conceptualizarlo como derecho en y para sí, lo cual permite distinguir la dominación de la liberación, a la subordinación del equilibrio y a la ideología (supresión aparente de la mediación), al poner a lo concreto como la unidad de lo particular con lo general y con lo absoluto. Ya para terminar, se

230 Hegel, *Lecciones sobre la historia de la filosofía*, I, p. 38.

231 *Ibidem*.

232 *Ibidem*: “las formas parciales se integran en la forma total. Son las determinaciones de la idea originaria las que forman en su conjunto, la imagen del todo...”.

puede concluir que el derecho puede entenderse como la estructura dialéctica de la libertad.

Estructura, porque media la realización de las diferentes formas o momentos de la libertad; *dialéctica*, porque puede suprimir su propia mediación realmente, al asumir y superar la contradicción entre sus formas y entre sus momentos o invertir los términos de la mediación, de modo que la libertad sea un simple medio y la estructura el fin, presentándose, no obstante, como una supresión de la mediación o como una superación de la contradicción, o sea poniendo lo particular como lo general; y de la libertad, porque media u oculta la lucha del amo y del esclavo por la disposición de la energía laboral libre que, a su vez media la transformación de la energía natural libre en tiempo libre y en libertad política.

Por lo que se refiere a la teoría pura del derecho, podemos concluir que fue un momento necesario e indispensable en el desarrollo de la filosofía del derecho, que debe conservarse, pues al separar al derecho del valor, ha impedido que se justifique, científicamente, la particularidad del primero con la generalidad del segundo. Pero, también puede decirse que debe superarse dicha separación, pues ha conducido a justificar la particularidad del hecho con la generalidad del derecho. Al evitar caer en la abstracción del valor, incurre en la abstracción del hecho. Para conservar-superar a la imputación coactiva kelseniana, es necesario concretar el valor, mediándolo con el hecho por medio del derecho, al analizar o establecer una institución o un orden jurídico, sin que se invierta el orden de las mediaciones, durante el proceso, que es el mecanismo por el que se establece la ideologización, tanto de la ciencia como de las instituciones jurídicas.

Preservar su pureza es como la vida que no se asusta ante la muerte y se mantiene pura de la desolación;²³³ pero también, no superarla es contemplar el sepulcro de su verdad.²³⁴ Puesto que el derecho (y su filosofía), como el espíritu de Hegel, sólo conquista su verdad cuando es capaz de encontrarse a sí mismo en el absoluto desgarramiento.²³⁵

²³³ Hegel, *Fenomenología del espíritu*, p. 24.

²³⁴ *Idem.* p. 143.

²³⁵ *Idem.* p. 24.