

CONTESTACIÓN A LA RÉPLICA DE JUAN RUIZ MANERO *

Ulises Schmill Ordóñez

ITAM (México)

RESUMEN. Esta contestación a la réplica de RUIZ MANERO aborda exclusivamente las objeciones dirigidas a la teoría del Derecho de KELSEN. Las aportaciones de KELSEN a diversas disciplinas no fueron tocadas por el autor alicantino. Por ello, se intenta refutar la tesis de que la *Teoría pura del Derecho* intenta «justificar» hobbesianamente al Derecho positivo. Se presentan argumentos en contra de la objeción, cuyo origen está en el ensayo de HART donde relata su visita a KELSEN, de que la Teoría pura es incapaz conceptualmente de diferenciar entre una multa y un impuesto. Asimismo, se mantiene la tesis de que el orden jurídico, como orden coactivo, se dirige fundamentalmente a los órganos del Estado facultados para imponer las sanciones establecidas por el Derecho y sólo de modo derivado a los particulares. Se intenta presentar la problemática que la tesis de la «cláusula alternativa tácita» intenta resolver y se demuestra que deriva de la identificación entre los conceptos de «existencia», «validez» y «regularidad» y finalmente se cuestiona la viabilidad de una ciencia del Derecho positiva unitaria entre teoría dogmática, razón práctica y sociología.

Palabras clave: KELSEN, pureza metódica, normas primarias y secundarias, imputación (*Sollen*), cláusula alternativa tácita, existencia y validez de normas, concepto de regularidad, norma jurídica, regla de Derecho.

ABSTRACT. This response to the reply of RUIZ MANERO makes reference only to objections formulated to the theory of Law of Hans KELSEN. KELSEN's contributions to various disciplines were not approached by the Alicante author. Therefore, attempts are done to refute the thesis that the *Pure Theory of Law* attempts to «justify» a hobbesian conception of positive law. Arguments are presented against the objection, that the Pure Theory is unable to conceptually distinguish between a fine and a tax, whose origin is in HART's essay in which he describes his visit to KELSEN. It also maintains the view that the legal system, as a coercive order, is mainly directed to the organs of State empowered to impose the sanctions provided by the law and only in a derivative way to particulars. It attempts to present the problems that the theory of «tacit alternative clause» tries to solve and it is demonstrated that derives from the identification of the concepts of «existence», «validity», and «regularity» and finally questions the viability of a science of positive law that unifies the dogmatic theory, practical or ethical reason and sociology.

Keywords: KELSEN, methodical purity, primary and secondary rules, attribution (*Sollen*), tacit alternative clause, existence and validity of norms, concept of regularity, legal norm, rule of Law.

* Fecha de recepción: 15 de abril de 2011. Fecha de aceptación: 9 de mayo de 2011.

1. PRIMERA PARTE

Ha sido para mí motivo de especial orgullo y satisfacción haber sido invitado a este seminario, para exponer ante M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO y todos los participantes en él, las razones por las que considero que puede afirmarse con convicción y énfasis la validez y riqueza explicativa de la gran doctrina kelseniana. Todos los de habla española conocemos la producción jus-filosófica tan importante que se elabora y difunde en esta universidad, de la que da cuenta muy elocuente la hermosa e importante revista *Doxa*, de lectura obligada y de carácter internacional.

La lectura de mi conferencia, pálida exposición de la riqueza conceptual de la *Teoría pura del Derecho*, puede dar una idea de la enorme cantidad de problemas que enfrentó la preocupación teórica de KELSEN, problemas que intentó solucionar fundándose en una sola hipótesis: el Derecho entendido como un orden coactivo (y por tanto, dinámico) de la conducta humana. El propio RUIZ MANERO afirma que la construcción kelseniana es «imponente». Para ello, basta comparar sus rendimientos con los aportados por cualquier otro jurista o filósofo del Derecho del siglo XX o de siglos anteriores, casi todos los cuales, con algunas excepciones, constituyen parcelas pequeñas de solución de problemas en relación con el gran campo teórico de KELSEN, pequeños charcos frente al gran mar de la Teoría pura. Esto es lo que pasa con todos nosotros: somos epígonos de KELSEN, pues todos los juristas y los que se ocupan de entender qué es el Derecho tienen que establecer un diálogo necesario, a veces violento, en relación con las aportaciones hechas por la escuela vienesa de jurisprudencia. Podemos imaginarnos el desarrollo de las disciplinas científicas, como dos líneas rectas que se cruzan, formando dos conos a los lados del punto de intersección. En el cono izquierdo se encuentran los pensamientos de los filósofos, científicos o juristas, dependiendo del campo que se esté tomando en consideración; el punto de intersección está ocupado por el teórico que ha logrado postular una hipótesis que resuelve la totalidad o casi totalidad de los problemas contenidos en el cono izquierdo de sus predecesores. El cono derecho está integrado por todas las consideraciones posteriores sobre las problemáticas generadas por la hipótesis creada por el genio que está en la intersección. Encuentro que los nombres de NEWTON, KANT y KELSEN se encuentran en la intersección de las líneas de investigación de la física, de la filosofía y de la jurisprudencia, respectivamente.

Muchas interpretaciones se han dado sobre el sentido de la filosofía de KANT y de KELSEN. Una de ellas es la que presenta J. RUIZ MANERO, en su réplica a lo dicho en mi conferencia, que ahora aparece reproducida en este número de la revista *Doxa*. RUIZ MANERO reconoce que la obra de KELSEN constituye, en palabras de M. LOSANO, una «obra intrínsecamente unitaria a través del tiempo», obra que se ha desarrollado a partir de la hipótesis central mencionada anteriormente. Y nuestro autor español se pregunta: qué es lo que constituye «el quicio clave para entender las pretensiones y la orientación central de la teoría pura del Derecho a lo largo de todo su itinerario». Para ello, afirma correctamente que KELSEN «pretende fundamentar y dar mayor rigor a algo que sustancialmente acepta, esto es, los rasgos centrales de la visión del trabajo del jurista teórico, tal como aparecen en la doctrina alemana del Derecho público y, emble-

máticamente, en la obra de JELLINEK», y mencionando a LABAND afirma RUIZ MANERO: «El trabajo del jurista aparece como un trabajo de conocimiento de normas en cuanto normas, y no de hechos, y un conocimiento que se presenta como neutral desde el punto de vista de las valoraciones ético-políticas». Dice que lo que hizo KELSEN fue fundamentar filosóficamente, estilizar y dar mayor rigor y radicalidad a la construcción de una ciencia del Derecho, «que trata de “obtener solamente un conocimiento orientado hacia el Derecho”, del que debe quedar excluido todo aquello que “no pertenece al objeto precisamente determinado como jurídico” [*Teoría pura del Derecho* (2.^a ed., 1960), trad. R. J. Vernengo, México, UNAM, 1982, 15], vale decir, del que deben quedar excluidos tanto los enunciados basados en el principio de causalidad —los enunciados relativos a relaciones de hechos— como los enunciados que expresan valoraciones externas al Derecho mismo». A continuación expone correctamente, aunque de manera incompleta, lo que es la pureza metódica de los trabajos de KELSEN: exclusión de enunciados causales y valorativos. Es aquí donde se enfrenta a relatar el «trasfondo» de esta doble exclusión de la pureza metódica kelseniana, que en su opinión consiste de dos características que le parecen inaceptables y que son las siguientes:

a) KELSEN intenta dar una justificación del Derecho, que tiene carácter hobbesiano; y

b) KELSEN sostiene la tesis de la «no posibilidad de fundamentación racional de los juicios de valor».

«La suma de estos dos elementos determina la justificación de un discurso sobre el Derecho que vea éste exclusivamente como orden normativo, que trate de describirlo como tal y que excluya de su horizonte cualquier valoración externa de ese mismo orden normativo».

Ésta es una crítica inaceptable, pues equivaldría a rechazar, *mutatis mutandis*, a la física de NEWTON por no hacer consideraciones sobre la belleza del universo y sobre la conveniencia de que la fuerza gravitatoria sea en razón inversa del cuadrado de la distancia y no de la distancia elevada a la tercera potencia. RUIZ MANERO está en libertad para determinar cuál es el objeto de estudio de sus consideraciones. Puede libremente escoger como problemática de sus disquisiciones un objeto de estudio (debo confesar, algo extraño), constituido por tres elementos: las normas positivas, enunciados causales de hechos (no normativos) y juicios de valor, sobre los dos elementos anteriores. Habría que ver cuáles serían los rendimientos de las disquisiciones relativas. Si no lo interpreto mal, RUIZ MANERO querría construir una disciplina que uniera metódicamente a tres ciencias: a) la sociología de orientación causalista (no normativa); b) una ciencia normativa sobre el Derecho que no fuera iusnaturalista, y c) consideraciones valorativas sobre las dos anteriores. Debo confesar que no logro imaginarme una disciplina teórica con esas características. Por otra parte, la pureza metódica de KELSEN no impide, sino que, por el contrario, *favorece y posibilita* la existencia de la sociología de orientación causal y de la ética o el iusnaturalismo, sólo que las coloca en el orden que racionalmente corresponde. Al deslindar al Derecho de la naturaleza, posibilita la existencia de una sociología jurídica. Dice KELSEN:

«En particular, respecto de una ciencia que se impone como misión indagar las causas y efectos de aquellos sucesos naturales que, interpretados desde las normas jurídicas, se presentan como actos jurídicos. Nada ha de objetarse si se quiere designar tal indagación como sociología, y en especial, como sociología del Derecho [...], consígnase solamente, que di-

cho conocimiento sociológico-jurídico nada tiene que ver con las normas jurídicas como específicos substratos de sentido (*Sinngehalten*), sino con ciertos sucesos considerados sin relación con cualquier norma reconocida o supuesta como válida» (H. KELSEN, *TPD1, La teoría pura del Derecho. Introducción a la problemática científica del Derecho*, Buenos Aires, Losada, 1941, trad. Jorge G. Tejerina, 35-36).

Simplemente expresado, RUIZ MANERO no acepta lo que dice KELSEN, de considerar a las normas jurídicas como sentidos específicos de ciertos actos, las normas como substratos de sentido, a la manera como la matemática o la geometría se reducen ha elaborar sus axiomas y teoremas inmanentemente, sin hacer consideraciones sociales, valorativas o de cualquier otra índole. Baste resaltar el siguiente texto:

«Importa aquí, ante todo, desligar al Derecho de aquel contacto en que desde antiguo fue puesto con la moral. Naturalmente, en manera alguna se niega por esto la exigencia de que el Derecho debe ser moral, es decir, bueno. Compréndese bien esta exigencia; lo que verdaderamente signifique es otra cuestión. Solamente se rechaza la concepción de que el Derecho sea, como tal, parte integrante de la moral [...] Al presentarse al Derecho como dominio parcial de la moral sin elucidar si esto sólo significa la muy comprensible exigencia de que el Derecho deba ser moralmente configurado, o si con ello quiere decirse que el Derecho tiene, como parte integrante de la moral, carácter positivamente moral, procúrase conferir al Derecho aquel valor absoluto que reclama la Moral» (H. KELSEN, *TPD1*, 38).

Con la exigencia de construir una ciencia del Derecho que haga valoraciones, ¿no estamos queriendo justificar, positiva o negativamente, de manera absoluta los órdenes jurídicos respecto de los cuales se hacen esas consideraciones valorativas? ¿No estamos cayendo en el sacerdotal vicio de la predicación? (*cf.* *TPD1*, 42-44).

La tesis de KELSEN no es «una justificación» en sentido alguno y menos aún de una tradición teórica determinada. Es simplemente la determinación honesta y clara de cuál es el objeto de estudio de la jurisprudencia: el Derecho positivo. Esta misma honestidad teórica la tuvo J. AUSTIN en las primeras líneas de su gran *Lectures on Jurisprudence*, donde se preocupó por distinguir al Derecho de todos los otros objetos que se parecen al mismo por diversas características. La de RUIZ MANERO sería una teoría no pura, sino trifronte, la cual no logro imaginármela, pues no se me ocurre cómo se podría, con una sola hipótesis, realizar el sueño teórico de RUIZ MANERO, de hacer una ciencia causal y al mismo tiempo normativa y simultáneamente valorativa. Conforme a KELSEN, una vez determinado qué es y cómo es el Derecho, es correcto preguntarse sociológicamente cómo ha surgido y qué factores lo han determinado, así como sus consecuencias o efectos sociales de su eficacia. Éstos son problemas pertenecientes a una sociología del Derecho, la cual no puede existir si no se tiene un concepto autónomo o puro del Derecho. Hay que tener un pavo para hacer un caldo de pavo. Y sobre el concepto del Derecho se puede preguntar sobre su valor según alguno o varios de los múltiples criterios valorativos que existen o pueden existir. Podría alguien preguntarse sobre el valor del Derecho, o ciertas instituciones jurídicas, conforme a la doctrina ética de PLATÓN o ARISTÓTELES, conforme a epicureísmo, el estoicismo, el eudemonismo, conforme la ética de origen religioso cristiano o mahometano, conforme la doctrina de San Agustín o Santo Tomás o las diversas encíclicas de los papas, así como respecto del utilitarismo, el kantismo y los diversos criterios de justicia que se han expuesto a lo largo de la historia, que el propio KELSEN se ha encargado de estudiar en diversas obras, como en el Apéndice de la *Reine Rechtslehre*, 2.^a edición.

RUIZ MANERO cree encontrar en KELSEN el «trasfondo» auténtico de su doctrina: «una fundamentación del carácter justificado de un orden coercitivo, que apela, en la mejor tradición hobbesiana, a características permanentes de la naturaleza humana». Debemos enfatizar que KELSEN se atiene estrictamente al dualismo humeano de la separación radical entre los enunciados de *ser* y los de *deber ser*, por lo que simplemente es una imputación incorrecta de RUIZ MANERO pretender encontrar una justificación del orden jurídico en «características permanentes de la naturaleza humana». Las citas que invoca RUIZ MANERO sobre ello se explican por estar refutando tesis de autores que acuden a ese tipo de justificaciones.

KELSEN dice en el prefacio a la primera edición de la *Teoría pura del Derecho*, de 1934, que en relación con ella, «para poderla combatir no debe reconocerse su verdadera esencia. Es así que los argumentos que se dirigen, no propiamente contra la *Teoría pura del Derecho*, sino contra su imagen engañosa preparada de acuerdo con las necesidades del adversario que fuere, se neutralizan recíprocamente y hacen por esto superflua una referencia» (H. KELSEN, *TPD1*, 20).

Esta tesis de RUIZ MANERO es una deformación de las finalidades fundamentales de la teoría de KELSEN. Quizá valga recordar lo que KELSEN le contestó al jurista argentino C. COSSIO, quien afirmaba que la teoría de KELSEN era solamente lógica, lógica jurídica y no como su autor sostiene, una teoría general del Derecho, pues «los conceptos fundamentales de la ciencia jurídica son funciones de la *Teoría general del Derecho*, y no de la Lógica»; COSSIO llegó a sostener que la imagen que su teoría egológica tenía de la de KELSEN era la correcta, «en tanto que “la de KELSEN sobre la misma teoría es falsa” o, en otras palabras: que COSSIO sabe mejor que KELSEN lo que éste se propone con su *Teoría pura del Derecho*» (H. KELSEN, «Teoría pura del Derecho y teoría egológica», en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. III, abril-junio 1953, núm. 10, trad. Eduardo García Maynez, 20). Algo análogo podría decirse en este caso, pues RUIZ MANERO sabe mejor que KELSEN lo que éste se propuso, que no fue una justificación del orden coactivo, de estilo hobbesiano.

Una última consideración sobre las palabras del profesor RUIZ MANERO. Dice que:

«En definitiva, a mi juicio, lo que late en el fondo de la construcción de KELSEN es que un discurso que describa el Derecho como normatividad, y no como algo situado en el plano de los hechos, y que no condicione esa normatividad a la concordancia de sus contenidos con algún patrón de justicia, es un discurso que coadyuva a la operatividad del Derecho como técnica de organización social, como técnica de instauración de orden. Y éste es, a mi juicio, el trasfondo relevante de la “pureza” prescrita por KELSEN para la ciencia jurídica».

Con base en ello, RUIZ MANERO afirma que la empresa kelseniana está dominada por intereses prácticos y no por intereses puramente cognoscitivos, lo que permite «presentar el conjunto de la construcción kelseniana con una mayor coherencia de sentido». Dice que la finalidad de la doctrina pura es la justificación del orden. Considero que no es una lectura correcta de la teoría de KELSEN, que no se corresponde a la realidad, verla como una construcción de carácter práctico cuya finalidad es la justificación de un orden coactivo. La consideración del Derecho como un orden normativo autónomo, independiente de la moral y de las disciplinas causales, no puede considerarse como una justificación de una técnica social. La instauración de un orden no es una finalidad, sino una función de la eficacia de las normas. Las funciones no son finalidades.

En el párrafo transcrito de RUIZ MANERO se implica una tesis puramente iusnaturalista consistente en sostener que el Derecho obtiene su normatividad por su concordancia con criterios de justicia, los que, por lo demás, no especifica. Pudiera ser cualquiera, el del liberalismo democrático o incluso los de la Alemania nazi o de la Unión Soviética, o del régimen de Pol Pot o el castrista. Todos ellos tenían ideas muy claras de lo que consideraban justo. Pero al no especificar RUIZ MANERO cuál es el criterio de justicia que otorga normatividad al Derecho induce a hacer afirmaciones tan drásticas como las acabadas de expresar, que son fórmulas totalmente vacías.

2. SEGUNDA PARTE

La segunda parte de su ensayo de crítica a la teoría de KELSEN intenta presentar cuatro problemas que, en su opinión, no puede resolver la teoría pura del Derecho. Ello induce a RUIZ MANERO a pensar que algunas partes de la teoría están muertas, que muestran los fracasos de la teoría y que no proporciona «una imagen adecuada del Derecho». Veremos qué tan muertas están estas partes de la teoría, pero debo adelantar que RUIZ MANERO no proporciona solución alguna a esos problemas planteados.

Debo hacer una observación previa relativa a una expresión que contiene el ensayo de réplica de RUIZ MANERO. Dice que sus observaciones «no pretenden originalidad alguna». La lectura de esta frase la pasé por alto, como si fuera una expresión de modestia teórica o de su convencimiento de lo muerto que está la teoría kelseniana. En realidad, esta expresión contiene un fondo muy claro. Ciertamente, sus acotaciones no pretenden ser originales en modo alguno, por el simple hecho de que ellas están claramente tomadas, a veces de manera textual, del ensayo de HART denominado *Una visita a Kelsen*, donde relata los problemas teóricos que le planteó al profesor vienés en el año de 1961 en la Escuela de Derecho de la Universidad de California en Berkeley. Esto debió advertírmelo el profesor español, para poder deslindar lo que es tomado de HART de lo que es propio de RUIZ MANERO. Vayan los siguientes comentarios dirigidos a refutar tanto al profesor HART como al profesor RUIZ MANERO, en lo que el segundo tomó del primero.

2.1. Primera acotación

Dice RUIZ MANERO que la teoría de KELSEN «no mira jamás al mundo de los hechos para elucidar el sentido de las normas». El texto del profesor español parece implicar que el sentido de las normas está determinado por «las actitudes y creencias compartidas por quienes participan en el juego del Derecho». Para ello, pone el caso hipotético de dos normas, una de un impuesto y otro de una multa, y dice que la teoría pura no puede distinguir entre ambos. Es cierto que todos sabemos que la multa de 100 euros por circular en exceso de velocidad es una sanción y que el pago de 10.000 euros por haber obtenido un ingreso de 30.000 euros en un ejercicio fiscal, no lo es. Considera que en los dos casos se está ante una situación que produce desagrado: ambas normas generan una situación «desagradable». Lo desagradable o lo agradable de las dos normas que menciona RUIZ MANERO es completamente indiferente para califi-

car su *status* normativo. Si se atendiera a esos estados de desagrado, no podría diferenciarse la multa del impuesto, que es lo que le imputa a KELSEN. Según RUIZ MANERO, la distinción correspondiente se deriva de las «actitudes compartidas respecto de N1 y N2: a saber, que N1 (la norma que impone la multa) trata de disuadir de la conducta correspondiente y que esto no pasa con N2».

Pongamos un contraejemplo para descartar la virtualidad explicativa de las actitudes. En el mundo contemporáneo, tan complicado y difícil de sobrellevar, con muchas cargas fiscales y requisitos burocráticos, una posible actitud de un contribuyente es la de NO pagar esa cantidad de 10.000 al Estado, con cuya política está radicalmente en desacuerdo y, por tanto, esa obligación de pagar los 10.000 euros intenta disuadirlo de no trabajar tanto ni esforzarse para obtener el ingreso por esa cantidad y, con ello, no pagar los 10.000 euros de impuesto. Esto es para el contribuyente muy desagradable y lo disuade de trabajar y esforzarse. Para este sujeto, como pensaba A. SMITH, el impuesto es un dolor y es disuasivo del trabajo y el esfuerzo para obtener los ingresos, por la contribución que debe hacer a un Estado que abomina. La *actitud* de este sujeto es supremamente indiferente para determinar la cualidad jurídica del impuesto, como obligación o como sanción. Debe existir en las normas jurídicas elementos suficientes para calificar una conducta determinada con un calificativo deóntico, sin tener que acudir a elementos extrínsecos de carácter psicológico o sociológico, pues ello equivaldría a obtener del mundo del *ser* formulaciones lingüísticas de *deber ser*. No es necesario que la norma contenga la expresión «permitido ganar dinero» o «prohibido circular a alta velocidad» para que la ciencia del Derecho positivo pueda determinar que una cierta conducta está permitida y otra conducta prohibida. Éstos son calificativos deónticos que deben obtenerse por el análisis de los contenidos normativos en sus relaciones recíprocas

Para mostrar que no existe problema para diferenciar un impuesto de una multa, entendida como sanción, basta citar las siguientes palabras contenidas en la *Teoría general del Estado* de 1925:

«Tanto a la desarticulación del hecho complejo condicionante como a la unificación de todas las condiciones del acto coactivo definitivo, llégase especialmente valiéndose de la hipótesis auxiliar según la cual debe omitirse la conducta condicionante del acto de coacción. De este modo, lo que en principio no era más que una proposición jurídica, aparece ahora como un enlace de varias de dichas proposiciones, de las cuales sólo la última establece como consecuencia el acto coactivo, al paso que las restantes sólo pueden ser agrupadas en una unidad por relación a ésta. Si alguien ha estipulado un contrato, debe comportarse de arreglo a las cláusulas del mismo; pero si procede de modo contrario a ellas, puede dirigirse contra él un acto de ejecución a instancia de la otra parte. Ahora bien, en virtud de esta última consecuencia específicamente jurídica, aquella norma según la cual debe uno comportarse de acuerdo con lo pactado, constituye una norma jurídica, pero una norma relativamente autónoma, secundaria; y una determinada conducta sólo es contenido de un deber ser jurídico en tanto que la conducta contraria hállase bajo una sanción coactiva, es decir, en tanto que constituye la condición de un acto coactivo» (H. KELSEN, *Teoría general del Estado*, Barcelona, Labor, 1934, 66).

El problema planteado se soluciona con la hipótesis de la norma secundaria y con una descripción completa de los hechos y procesos jurídicos involucrados en cada uno de los casos planteados. Hay muchas diferencias en los dos casos planteados, que lleven a poder distinguirlos con toda claridad. La multa de 100 euros por el exceso de velocidad es el contenido de un acto administrativo o judicial sancionador, en aplicación

de una norma general que así lo establece y que puede ser ejecutada coactivamente. La multa es el contenido del acto del órgano facultado para sancionar, siguiendo un procedimiento específico establecido en las normas procesales que rigen su conducta. Nada de esto acontece con el caso del impuesto. Aquí no interviene acto de órgano del Estado alguno ni se presentan todos los datos que hemos reseñado con anterioridad. Ciertamente, supone una regulación que establece la obligación de no circular a alta velocidad, como una norma secundaria en el sentido de KELSEN. Si se impone una multa por un órgano del Estado en ejercicio de ciertas facultades sancionatorias, el hecho condicionante de ese acto es una infracción o delito. Esta norma contemplada desde la perspectiva de los intereses de los súbditos, se expresa con el concepto de la obligación, establecida por la norma secundaria. No aparece tal norma secundaria en el caso de la obligación de pago del impuesto sobre la renta, que, además, no es el contenido de una decisión de un órgano del Estado, sino la determinación del impuesto lo hace el propio causante al presentar su declaración anual, por el sistema de autocalificación fiscal que rige en casi todo el mundo.

Debe observarse que las dos normas de RUIZ MANERO están presentadas de manera totalmente aislada de todas las demás disposiciones del orden jurídico en cuestión, aislamiento que produce la impresión de indistinción entre el impuesto y la multa.

Después de la redacción de los párrafos anteriores, me di cuenta que el ejemplo puesto por RUIZ MANERO es la repetición textual del problema que HART discutió con KELSEN en su visita que le hizo en el año de 1961. Dice HART:

«[...] es imposible distinguir una ley penal que castiga una conducta con una multa de una ley del impuesto sobre la renta que grava ciertas actividades» (H. L. A. HART, *Una visita a Kelsen, Cuadernos de Crítica*, núm. 4, Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM, 1977, trad. Javier Esquivel, 23).

HART, con su tendencia a sociologizar los problemas normativos, dice que «[...] habría que salir fuera de los límites de la definición jurídica con objeto de determinar cuándo un pago coactivo de dinero es una sanción y cuándo no. Posiblemente sea una sanción cuando se intente o se asuma como un castigo para desalentar “conducta socialmente indeseada” a la cual se le vincula» (HART, *op. cit.*, 23), que es lo que imagino que piensa RUIZ MANERO. Pero, ¿quién y cuándo desea que se realice esa conducta, por ejemplo, tratándose de una ley o un reglamento de tránsito expedido veinte años atrás? En este caso, ¿cómo puede afirmarse que alguien desea que las personas no manejen sus vehículos a alta velocidad, sin analizar la estructura y funciones de todas las normas que intervienen en la imposición de una multa? Simplemente dicho, no hay dato alguno sobre los deseos del legislador, sobre todo si se trata de una ley que fue expedida por un cuerpo legislativo bicameral compuesto por cerca de 750 miembros.

2.2. Segunda acotación

En esta acotación RUIZ MANERO se dirige contra la tesis de KELSEN, presentada desde los *Hauptprobleme* de 1911, que al desechar la concepción imperativa de las normas jurídicas, concluye que los enunciados descriptivos de ellas deben ser enunciados hipotéticos, cuya estructura más simple es «Si A es, debe ser B», donde B es una

descripción de un acto coactivo. Ello, con base en el concepto del Derecho como un orden coactivo de la conducta humana. HART crítica la posición teórica asumida por KELSEN, con la cual está de acuerdo el profesor RUIZ MANERO, de pretender determinar los conceptos deónticos del Derecho ateniéndose al análisis de los contenidos de las normas que integran un orden jurídico, considerado como un orden coactivo de la conducta humana y proponiendo que la estructura generalísima y esquemática de las proposiciones jurídicas es la de «Si A es, debe ser B». Esta posición debe entenderse como la comprensible consistencia del pensamiento de KELSEN de considerar la coactividad y, por tanto, la dinamicidad del orden jurídico, como las características esenciales del Derecho.

Esto condiciona la tesis que la norma primaria o coactiva se dirija fundamentalmente al órgano del Estado facultado para imponer la sanción y ejercer el acto de coacción. Pero dice RUIZ MANERO que esto le impide «ver como antinómicas normas que todo el mundo consideraría como tales». Para sustentar esta afirmación cita un párrafo de MONTESQUIEU referente al emperador romano Calígula, y reconoce que no hay contradicción, lógicamente hablando, entre las normas emitidas por el emperador Calígula, pues si las normas son coactivas y su contenido es la imposición de sanciones, «no hay obviamente antinomia alguna», dice RUIZ MANERO. Su objeción es refutada por el propio RUIZ MANERO. Lo que está de trasfondo de su objeción es el rechazo, su no aceptación, al concepto de que el Derecho sea un orden coactivo. Este rechazo determina que también RUIZ MANERO vea, lo que todos ven, como una contradicción entre las normas de Calígula. Lo que no especifica es que la antinomia tiene carácter *teleológico*. El propio KELSEN así lo reconoce en TPD2, con las siguientes palabras:

«De ahí resulta que, dentro de semejante orden normativo, una y la misma conducta puede ser, en este sentido, “obligatoria” y simultáneamente “prohibida”, y que esta situación puede ser descrita sin contradicción lógica. Los dos enunciados: “A es debido” y “A no es debido” se excluyen recíprocamente; [...] Ambas no pueden al mismo tiempo ser acatadas o aplicadas. Pero los dos enunciados siguientes: “si A se produce, entonces X es debido”, y “si se produce no A, entonces X es debido”, no se excluyen recíprocamente, y, por ende, las dos normas que mediante ellos se formulan pueden tener validez al mismo tiempo. Ambas normas —las dos normas que establecen el deber de sancionar— pueden tener validez paralelamente y ser de hecho aplicadas, puesto que no se contradicen, es decir, puesto que pueden ser formuladas sin contradicción lógica. Sólo que en esas dos normas se expresan dos tendencias políticas entre sí contrapuestas; no, por cierto, una contradicción lógica, pero sí un conflicto teleológico. Esta situación es posible, aunque sea políticamente insatisfactoria» [H. KELSEN, TPD2, *Teoría pura del Derecho* (2.^a ed., 1960), trad. R. J. Verengo, México, UNAM, 1982, 39-40].

No es cierto que la función de las normas como guías de la conducta de la gente se haya «evaporado», sino que se presenta una situación en que la conducta y su omisión debe ser sancionada y ello permitiría a la gente deshacerse de emperadores tan desquiciados como Calígula.

2.3. Tercera acotación

Esta tercera acotación del profesor español no tiene su contrapartida en el texto de HART. Tiene razón RUIZ MANERO cuando pretende criticar, junto con otros mu-

chos autores, incluido yo mismo, la famosa «cláusula alternativa tácita». Tal como está formulada por KELSEN es inaceptable, pero hay que analizar cuál era el problema que intentaba describir y explicar y las bases conceptuales que utilizó para hacerlo. Ello lo llevó a formular la tesis que se critica, en un esfuerzo heroico dentro de la teoría. Tendré que examinar con detalle la tesis y la solución que yo propongo al problema planteado, con base en los conceptos de la teoría pura del Derecho.

A partir del concepto del orden dinámico, tenemos una norma fundamental que establece los procesos de creación y los contenidos de las normas subsiguientes o de grado inferior, hasta llegar a las más individualizadas que ya establecen únicamente derechos y obligaciones o sanciones concretas.

El número de normas es un número finito. No es necesario entrar al análisis de la discutida tesis de KELSEN sobre la norma fundante básica, pues no es tocada en su réplica por J. RUIZ MANERO. Pero, en mi opinión, la tesis de la cláusula alternativa tácita es una idea heroica de KELSEN para tratar un problema verdaderamente grave, no descrito por la teoría jurídica, ni explicado satisfactoriamente. Parte KELSEN de una idea relativamente simple: validez de una norma es su existencia específica y una norma es válida cuando ha sido creada conforme a la norma superior que establece su proceso de creación y su contenido. Para señalarlo en una fórmula que presente de manera conspicua el problema y que pueda recordarse con facilidad: *validez* igual a *existencia* igual a *regularidad*, *i. e.*, $Val=Ex=Reg$. KELSEN identifica la existencia de la norma con su validez y la validez con su regularidad. Este último concepto se refiere a que la norma no esté en contradicción con la norma que le sirve de fundamento.

Y entonces hace su aparición el gravísimo problema de las *normas irregulares*. Una ley inconstitucional, una sentencia ilegal, un contrato ilegal, etc., son normas irregulares, lo que significa que hay contradicciones normativas entre la norma inferior y la norma superior que le sirve de fundamento.

Dice KELSEN que la afirmación de que una ley válida es inconstitucional constituye un «*contradictio in adjecto*», es decir, una contradicción en sí misma, puesto que una ley sólo puede ser válida si es regular, si está fundada en la Constitución. Si hay alguna razón para suponer que una ley es válida, el fundamento de su validez se encuentra en la Constitución. De una ley inválida no podría sostenerse que es inconstitucional, puesto que ley inválida no es ley alguna, siendo jurídicamente inexistente, sin que sobre ella sea posible formular ningún enunciado jurídico. Sería tanto como enunciar la juridicidad de lo inexistente.

Con estos supuestos conceptuales hace su aparición un dilema espantoso, un toro con cuernos, como diría NIETZSCHE, el cual debió haberle preocupado intensamente por una simple razón: él fue el creador del Tribunal Constitucional austriaco y fue también relator permanente de dicho Tribunal y en éste se estudiaban fundamentalmente problemas de inconstitucionalidad de leyes.

Entonces, ¿cómo se explica una ley inconstitucional? Una ley inconstitucional, conforme a las definiciones de KELSEN dadas más arriba, es una ley que no existe, es la inexistencia de la ley. ¿Por qué?, porque es inválida por ser irregular y si es inválida, entonces, es inexistente. Pero no puede negarse que hay normas existentes, válidas por tanto, conforme a las definiciones, pero irregulares, pues pueden ser impugnadas ante

los tribunales constitucionales y puede eventualmente dictarse sentencia considerándola irregular y, en consecuencia, ser derogadas para el caso individual concreto o de manera general.

KELSEN se propuso sostener a ultranza la ausencia de contradicción de normas y entonces inventó lo que se llama la «cláusula alternativa tácita», que es un golpe mortal a su teoría, si no se entiende lo que quiso solucionar con esta tesis. En su base hay hechos irrefutables, mal explicados con la tesis que se comenta. Voy a transcribir un párrafo de la *Teoría pura del Derecho* de 1934, donde expone por primera vez esta tesis de la cláusula alternativa tácita. Dice:

«Si es posible una ley inconstitucional, es decir, una ley válida que contradice las prescripciones de la Constitución vigente, bien por el modo de haberse aprobado, bien por su contenido, ese estado de cosas no puede interpretarse sino de este modo. Que la Constitución no sólo quiere la validez de la ley constitucional, sino también, en cierto sentido, la validez de la ley inconstitucional. De otra manera no podría hablarse de una validez de la última. El que la Constitución quiera también la validez de la llamada ley inconstitucional, surge del hecho de que ella prescribe no solamente que las leyes deben ser producidas en una forma determinada, y que deben tener o no tener un contenido determinado, sino también de que en caso de ser producida una ley en otra forma que la prescrita, o tener otro contenido que el prescrito, de ningún modo ha de considerarse nula, sino que ha de valer hasta en tanto sea anulada por una instancia destinada para ello, acaso por un Tribunal Constitucional en un procedimiento regulado por la Constitución» (H. KELSEN, *TPD1*, 121).

Y aquí se presenta la tesis de la «cláusula alternativa tácita»:

«[...] las prescripciones concernientes a la legislación ofrecen, de acuerdo con esto, el carácter de prescripciones alternativas, en las que no se atribuye el mismo valor, sin embargo, entre ambos miembros de la alternativa, la diferenciación tiene lugar en el sentido de una descalificación de la segunda alternativa frente a la primera» (*ibid.*).

En otros términos, las normas constitucionales (no sólo ellas), por ejemplo, tienen el carácter de prescripciones alternativas. Para utilizar su terminología, las normas constitucionales «quieren» la validez de la norma que se crea siguiendo el procedimiento establecido y con el contenido prescrito, pero también «quieren» la validez de la norma que se crea sin seguir el procedimiento y contradiciendo el contenido establecido. Con esto, así expresada la tesis, las normas superiores pierden carácter normativo, porque se convierten en tautologías: A o no A, con este procedimiento o sin este procedimiento. Y A o no A, ni dice, ni regula nada, destruye totalmente la normatividad. Lo que KELSEN estaba haciendo era salvar la identidad conceptual entre existencia, validez y regularidad. ¿Por qué? Consideremos que una ley es constitucional. Tenemos, en primer término, la Constitución. Se dicta la ley, se ha seguido el procedimiento y tiene el contenido correspondiente, es un sistema unitario. Ahora, la ley es inconstitucional: nos encontramos en la otra alternativa, y también es unitaria, porque la norma existe y por la identidad indicada, es válida y, por tanto, regular. La teoría de la «cláusula alternativa tácita» tiene por función conservar la idea de que el Derecho es un sistema unitario de normas, pero el esfuerzo gigantesco por establecer esta tesis de que el Derecho es un sistema unitario de normas, lo llevó a destruir la normatividad de las normas. ¿Dónde está el problema? A mi modo de ver, el problema se encuentra en la identificación de existencia, validez y regularidad.

No son, o no deben ser, el mismo concepto. Considero que deben distinguirse los conceptos. Uno es la existencia de la norma, otro concepto distinto es su validez y otro su regularidad.

Si se distingue la existencia de la validez por notas o características distintas, entonces pueden existir normas que sean válidas o que no sean válidas y pueden existir normas válidas regulares e irregulares.

Yo visualizo el problema de la siguiente manera: para mí la *existencia* de una norma es la relación entre el acto o proceso de producción de la norma y la norma misma. Si hay un acto de producción de la norma y la norma, se puede decir que la norma existe. Ahora, para continuar, hay que representarse un acto o proceso y la norma creada y luego otro acto y otra norma, $a_1(n_1) - a_2(n_2)$. No hay, ni puede haber entre dos normas y sus actos de producción más que las siguientes tres relaciones, la del acto y la norma, que sería la *existencia* de la norma, $R_1(a_1, n_1)$; la relación de la norma primera y el acto que la ejecuta, $R_2(n_1, a_2)$, podríamos llamarla *validez* de la norma, y la relación entre la segunda norma con su acto de creación y la primera norma, $R_3(a_2(n_2), n_1)$, podemos llamarla *regularidad*.

Si se distinguen de esta manera se puede explicar el problema correspondiente. KELSEN se apartó de su teoría del orden dinámico de normas, por este motivo. Él afirma una ley inconstitucional es un *contradictio in adjecto* e inventa la cláusula alternativa tácita y no consideró que la constitucionalidad o la inconstitucionalidad tiene que estar establecida positivamente; no está dada *a priori* la constitucionalidad o la inconstitucionalidad. Si se emite una ley, por R_1 puede afirmarse que existe. Entonces, puede hacerse, con toda corrección conceptual, la siguiente pregunta: ¿esta ley es constitucional o inconstitucional? Lo único que podemos decir es que no lo sabemos, que algunos piensan que es constitucional y otros piensan que no lo es. Maestros eméritos de la Facultad de Derecho de México o de Alicante y profesores de Economía de Harvard piensan que es constitucional y otros que es inconstitucional. Lo que sí puede afirmarse es que es una norma existente, pues puede comprobarse empíricamente los actos o procesos de su producción y podría ser constitucional o inconstitucional y además puede impugnarse con una acción de constitucional ante el tribunal encargado de controlar la constitucionalidad de las leyes.

La constitucionalidad o inconstitucionalidad no está dada a priori, sino que tiene que estar establecida positivamente por el órgano o autoridad competente para conocer de la regularidad de las normas generales: en el caso de México, esto lo hace positivamente el Poder Judicial de la Federación. Supongo que en España el Tribunal Constitucional.

Los problemas que he mencionado respecto de la llamada «ley inconstitucional» surgen y hacen acto de presencia en el momento en que se considera que la constitucionalidad o inconstitucionalidad está dada *a priori*, es decir, desde el momento en que la ley entra en vigor. Para resolver el problema debe aplicarse el concepto del orden dinámico, el concepto de la progresiva constitución de situaciones jurídicas y creación de normas. La constitucionalidad o inconstitucionalidad de un acto o de una norma tiene que ser la materia o el contenido específico de un acto jurídico, de una norma o de un acto creador de una norma específica cuya materia sea ésta. Pero no puede afir-

marse *a priori* la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley, pues de hacerlo se cae en los problemas de la *contradictio in adjecto* de las leyes inválidas.

Existe la ley, sí, pero está indeterminado, es una incógnita, si es constitucional o no, e incluso llegando a la Suprema Corte de Justicia, algunos ministros piensan que es constitucional y otros que no lo es, por la votación mayoritaria. Pero antes de que esté determinado positivamente de manera dinámica, no puede afirmarse su constitucionalidad o inconstitucionalidad, por más que eso sea sostenido por los más sabios e ilustres maestros y juristas.

Creo que en las afirmaciones de KELSEN que se han expuesto no se hizo una aplicación del concepto del orden dinámico de normas y de la progresiva constitución de situaciones jurídicas. Pero cuando se trata de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley o norma general hizo a un lado esta función creadora del orden dinámico de normas y por eso tuvo que inventar la «cláusula alternativa tácita», para explicar el hecho de que una norma que se califica de irregular pueda ser impugnada ante los tribunales constitucionales, si se toma en cuenta la identificación de los conceptos de existencia, validez y regularidad.

2.4. Cuarta acotación

Dice RUIZ MANERO que la pretensión kelseniana sobre su modelo de ciencia jurídica fracasa en proporcionar una «descripción neutral del Derecho». Continúa diciendo, para explicitar su objeción, que «los extraños “enunciados descriptivos de deber ser” que, de acuerdo con KELSEN, serán los propios de la ciencia jurídica, son, en último término, indistinguibles de enunciados normativos plenos que reiteren el deber ser contenido en las normas». Afirma RUIZ MANERO que KELSEN no quiso entender la distinción, que HART le presentó, entre el «uso» y la «mención» de los términos jurídicos, en el famoso encuentro relatado por el propio autor inglés. Con lo que concluye esta acotación, afirmando:

«Pero siendo así las cosas, los enunciados de la ciencia jurídica no hacen sino reiterar las prescripciones contenidas en las normas, y el programa descriptivista de KELSEN puede considerarse fallido».

No puedo estar de acuerdo con estas afirmaciones. Debo, sin embargo, reconocer que la ciencia jurídica utiliza términos con intención descriptiva y que muchos de dichos términos también son utilizados por el legislador y los órganos jurídicos en el contenido de sus normas. Pero el uso de términos iguales tienen una función radicalmente diferente cuando son el contenido de las normas positivas de cuando son usados por el jurista, el llamado científico del Derecho.

Antes de entrar de lleno en la refutación de esta cuarta acotación, es necesario aclarar que el propio HART en el ensayo citado por RUIZ MANERO concede que su objeción a KELSEN era infundada y que KELSEN tenía razón en el uso de los términos deónticos descriptivos (*cf.* HART, «Kelsen visited» en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983, 293; 16 en la traducción al español de este ensayo, citada *supra*), en donde expresamente concede que KELSEN estaba en lo correcto y que la distinción entre uso y mención era muy burda (*to crude*). Esto no lo dice RUIZ MANERO, por ello quiero enfatizarlo. En un momento en el diálogo con HART, KELSEN

hace una observación muy interesante: el jurista no menciona los términos usados en el lenguaje del Derecho y en este lenguaje no los usa en la formulación de sus normas. «They are a jurist's statements *about* law, not legislative pronouncements *of* law» (HART, *op. cit.*, 290).

Desde el año de 1934, en su *TPD1*, KELSEN hace una observación que no reproduce en la segunda edición de la obra, pero que es conveniente reproducir brevemente:

«Es cierto que el acto —en tanto se exprese por palabras habladas o escritas— puede enunciar algo sobre su significación, denunciar su sentido propio. Es más, en esto estriba una singular particularidad del material dado al conocimiento social y al jurídico en especial. Una planta no puede comunicar nada sobre sí misma al investigador que la califica científicamente; no hace tentativa alguna de explicarse en forma científica. Un hecho social, empero, puede muy bien llevar consigo una explicación de sí mismo, es decir, un enunciado sobre lo que significa... Pues el hombre que realiza el acto, liga él mismo a su acto un determinado sentido que se traduce en alguna forma y que es comprendido por otros a quienes el acto se dirige» (H. KELSEN, *TPD1*, 28).

KELSEN ha reiterado su explicación de que el *deber ser* (*sollen*) es el término que utiliza para exponer el significado de actos de mandato.

«Con “norma” se designa que un ser o un acontecer deben ser; en especial que un hombre debe comportarse de cierta manera. Éste es el sentido que ciertos actos humanos tienen, dirigidos intencionalmente a la conducta de otros. Están dirigidas intencionalmente a la conducta de otros cuando, conforme a su sentido, cuando este comportamiento es mandado (ordenado), pero también cuando es permitido y especialmente cuando está facultado (*ermächtigen*), es decir, cuando se otorga a los otros un cierto poder, en especial, el poder de crear él mismo normas» (H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, Wien, Verlag Franz Deuticke, 1960, 4) (ésta es traducción del autor directamente de la edición en alemán).

Debe hacerse una observación para que el sentido de la teoría de KELSEN quede claro. Dice KELSEN que con el término *deber ser* (*sollen*) se expresa el sentido de aquellos enunciados que permiten, ordenan, facultan y prohíben ciertas conductas. ¿Cómo es esto posible? Muy sencillo: la proposición jurídica tiene la estructura de un enunciado hipotético o condicional que en muchas de sus obras KELSEN lo expresa de la siguiente manera: Si A es, *debe ser* (*sollen*) B, donde B está por una sanción coactiva. De este enunciado KELSEN elabora los conceptos de sanción, de prohibición, de obligación (deber: en el sentido de *pflicht*, no de *sollen*), de permisión, de facultad. Este sentido de *deber ser* jamás es usado por el lenguaje de las normas del Derecho. Y si como KELSEN ha observado, es característica de los actos sociales expresar su sentido, es muy posible que el lenguaje del Derecho use la palabra «deber» u «obligación» y, sin embargo, el enunciado jurisprudencial tenga que negar que el uso de esa palabra sea erróneo. Piénsese en el siguiente caso: un legislador queriendo enfatizar el sentido de sus normas dice que la conducta A es obligatoria y, sin embargo, olvida establecer como consecuencia jurídica a su no ejecución la sanción correspondiente. La jurisprudencia tendría que decir que dicha norma que contiene la autorreferencia de establecer una obligación, en realidad no lo ha hecho y que esa expresión es solamente una manifestación errónea de un legislador incompetente. El lenguaje de la ciencia del Derecho no reproduce al lenguaje de su objeto, el Derecho positivo.

Por otra parte, no puede existir la reproducción de la que habla RUIZ MANERO por la sencilla razón de que el lenguaje de la jurisprudencia no tiene por función generar

obligaciones, otorgar derechos subjetivos, imponer sanciones, etc., a pesar de que el lenguaje en que esté formulada la norma jurídica así lo diga, pues tiene una función radicalmente distinta del mismo lenguaje empleado por la ciencia del Derecho. El lenguaje de la ciencia del Derecho se refiere a las funciones inmanentes de las normas jurídicas y si, eventualmente, usan los mismos términos, no se trata de una reproducción, pues entonces tendrían las mismas funciones del lenguaje normativo, lo que de ninguna manera acontece. La ciencia del Derecho usa términos deónticos para expresar las relaciones de los contenidos de las normas, no para establecer funciones o creación de situaciones normativas. Creo que esto es claro para todo el mundo y no creo que sea necesario enfatizar estas diferencias.

En la formulación de las normas no es necesario utilizar términos deónticos, sin que ello impida que un cierto contenido, formulado en cualquier inflexión sintáctica, sea descrito como una obligación, una prohibición, una sanción o una facultad. Una norma constitucional puede ser del tenor siguiente: «El Parlamento puede obligatoriamente emitir leyes en las siguientes materias:...». Una norma formulada en estos términos es descrita por la ciencia jurídica diciendo que esa norma establece la facultad legislativa del Parlamento y determinar, adicionalmente, que esa facultad no constituye una obligación, o no es de ejercicio obligatorio, pues ninguna sanción se debe producir en caso de que no legisle en cierta materia. No habría órgano ni sanción alguna establecida en el orden jurídico correspondiente.

En la última parte de su ensayo se contienen muchas expresiones que yo suscribiría respecto de la importancia de la teoría de KELSEN. Pero en ella, RUIZ MANERO propone un proyecto de construcción de la teoría jurídica que ya expresó anteriormente: una teoría normativa, causal y justificatoria. Dice:

«(Teorías) que nos permitirían unir argumentativamente en nuestra reflexión análisis conceptuales, examen de normas positivas, cuestiones de la teoría de la justicia y cuestiones de diseño institucional».

Dice RUIZ MANERO que hay «que distanciarse fuertemente de KELSEN», por el hecho de que no puede ser adecuada una teoría que «considera que el concepto de razón práctica es autocontradictorio», lo que no puede funcionar para el Derecho del Estado constitucional.

«Y si una teoría jurídica adecuada para el Derecho del Estado constitucional debe estar abierta a la teoría moral, también debe estarlo a las ciencias sociales».

En tiempos recientes se ha enfatizado demasiado lo que diversos autores consideran la novedad jurídica de finales del siglo XX y principios del XXI del Estado constitucional y de los principios contenidos en sus constituciones. A los juristas les cuesta mucho trabajo considerar que esos llamados «principios jurídicos» en las constituciones son normas jurídicas con contenidos generalísimos y no definidos. Todo lo que se diga al respecto no son otra cosa que posibles interpretaciones de términos vagos hechas por los juristas, para influir en las decisiones de los órganos del Estado, proponiendo el sentido de esas expresiones. Pero lo que no hacen, lo que se omite, es determinar cuáles son las funciones normativas de tales principios y cómo esas expresiones generalísimas permiten a los jueces incurrir en «discreción judicial irrestricta» y son una puerta abierta a justificar ciertas decisiones con base en criterios subjetivos de moralidad y conveniencia política. Para ello, han creado teorías de la argumentación

moral y jurídica. Pero para el positivismo, no hay novedad alguna en considerar la fundamentación de las decisiones judiciales, incluso como una obligación, pero esas formulaciones generalísimas no son válidas por su corrección moral (¿cuál moral?). La corrección moral de una decisión muy bien argumentada no proporciona validez normativa alguna, pues ello implicaría suponer que una moral subjetiva es el origen de la normatividad jurídica. Con ello, no se niega que el legislador, de hecho, procede con base en criterios morales y de otra índole (sociológicos, económicos, etc.) para dotar a sus normas de ciertos contenidos, pero una vez emitida la ley, el órgano aplicador de la misma debe interpretar su sentido y proceder a su aplicación, pues es un órgano jurídico. Estas consideraciones no pueden conducir a la afirmación, que HART le imputa a KELSEN, de que «parece excluir la posibilidad de una crítica moral del Derecho», sino que, por el contrario, la fomenta, la posibilita y la coloca en su sitio adecuado. Ya más arriba pudimos transcribir un párrafo de KELSEN sobre los criterios de la moralidad y su función crítica.

La propuesta de RUIZ MANERO es interesante y espero con expectación sus resultados.