

ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL

2011

PONENCIAS EN VALPARAÍSO I



SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL



**ANUARIO DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL
2011**

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL

ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL N° 29
2011

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de las Facultades de Derecho de las Universidades Adolfo Ibáñez, Austral de Chile, Católica del Norte, Católica de Temuco, Católica de Valparaíso, Católica de la Santísima Concepción, de Antofagasta, de Concepción, de Los Andes, de Chile, y Diego Portales.

Especial mención cabe hacer a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, en cuyo taller de imprenta, "Edeval" se llevó a cabo la impresión de este volumen.

©

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

I. S. B. N. — 0170 — 17881

Diseño Gráfico: Allan Browne Escobar

Impreso en EDEVAL
Errázuriz 2120 - Valparaíso
E-mail: edeval@uv.cl

ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL

2011

PONENCIAS EN VALPARAÍSO I

SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO
(2011 - 2013)

Daniela Accatino, Fernando Atria, Flavia Carbonell,
Rodrigo Coloma, Jesús Escandón, Joaquín
García-Huidobro, Pablo Ruiz-Tagle, Agustín
Squella, y Luis Villavicencio.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social
tiene su domicilio en la ciudad de Valparaíso. La
correspondencia puede ser dirigida a la casilla 3325,
Correo 3, Valparaíso, o al correo electrónico
rcoloma@uahurtado.cl

PRESENTACIÓN

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, fundada en Valparaíso en 1981 como sección nacional de la Asociación Internacional de Filosofía Jurídica y Social, presenta el número 29 de su Anuario de Filosofía Jurídica y Social, correspondiente a 2011.

La obra reproduce las ponencias hechas en sesiones plenarias de la Cuarta Jornada Chileno Argentina de Filosofía del Derecho, que tuvo lugar en la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso en el mes de noviembre de 2011, coincidiendo con la celebración del centenario de dicha unidad académica. Contiene, asimismo, parte de las ponencias que fueron presentadas en comisiones de dicha jornada.

Las ponencias presentadas en comisiones que no se incluyen en este número del Anuario lo serán en el Anuario de Filosofía Jurídica y Social número 30, correspondiente a 2012, que aparecerá en los primeros meses de 2013.

Cabe señalar que la primera de estas jornadas binacionales tuvo lugar en 2004 en Buenos Aires, la segunda en Santiago en 2006, la tercera en Mendoza en 2009, y la cuarta en Valparaíso en 2011. En cuanto a la quinta jornada, tuvo lugar en Mendoza en el mes de octubre de 2012.

Durante el período 2011-2013, el Directorio de nuestra Sociedad es el que aparece en la página 6. Presidente del Directorio es Rodrigo Coloma, Secretaria General Flavia Carbonell, y Tesorera Daniela Accatino.

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

Un día cualquiera, cuando esté atardeciendo y las calles estén llenas de luces y de gentes y Ud. no tenga problemas económicos ni de los "otros" (un corazón sosegado es un requisito indispensable) salga Ud. a caminar. Si la hora es propicia y tiene suerte, en la calle más moderna y viva, frente a un café distinto y antiguo, una suave melodía detendrá sus pasos. Esa música le resultará vagamente familiar, o totalmente desconocida, depende de su edad. En cualquiera de ambos casos no vacile. Entre, pero deje afuera sus miradas habituales, limpie sus pupilas de todo prejuicio y observe el lugar como si recién lo descubriera".

"Las calles, como las personas tímidas, cuando se encuentran, se cortan"¹⁴. Y yo como buen tímido que soy, en este instante, me corto.

PONENCIAS EN COMISIONES

14. Fragmentos extraídos de "Valparaíso y su geografía íntima" y "Nuestras esquinas", contenidos en *Algunos Días...* Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1977.

- FOUCAUL, Michel; *La verdad y las formas jurídicas*; Gedisa, 2003, barna.
- PÉREZ SOTO, Carlos; *Sobre Hegel*. LOM, 2010.
- SALAZAR, Gabriel; *Diego Portales*. Editorial USACH, 2010.
- JERÓNIMO MOLINA C.; Raymond Aron ante el Maquiavelismo Político; *Revista Internacional de Sociología*, mayo-agosto, Vol. LXVI; N° 50, 2008.
- COUSO, Jaime y MERA Jorge; *Precedentes y Justicia Penal*. UDP. Octubre 2011.
- CARPENTIER, Alejo; *El derecho de asilo*, Lumen, 1972, 1ª ed. barna.
- GARCÍA MÁRQUEZ, Gabriel; *Crónica de una muerte anunciada*; *La oveja negra*, 1981, colom.
- PIMSTEIN HAMLET, Felipe; *Anatomía de la ambigüedad*, Andrés Bello, 1972, chi.
- ECO, Humberto; *La Edad Media ha comenzado ya*; en *Documenti su il nuovo medioevo, de 1973*, traducido para La Nueva Edad Media, junto con otros autores italianos, por Carlos Manzano, Alianza Editorial, 1974, esp.
- LORENZETTI, Ricardo Luis; *Presidente de la Corte Suprema de Argentina, Clase Magistral, Sobre Derechos del Consumidor*; 14 de diciembre de 2011, Palacio de Tribunales de Justicia, Santiago, Chile.

KELSEN Y LA NORMA FUNDAMENTAL

MANUEL MANSON

«El Derecho está compuesto por palabras, por fenómenos psíquicos y sociales, y por comportamientos».

(Enrico Pattaro, *Filosofía del derecho. Derecho. Ciencia jurídica*)

1. Para Kelsen, “solo mediante la presuposición de la norma fundante básica se hace posible interpretar el sentido subjetivo de los actos constituyentes, y de los actos realizados conforme con la constitución, como su sentido objetivo, es decir, interpretarlos como normas objetivamente válidas”¹.

A juicio de Kelsen, “una constitución no puede considerarse como obligatoria, si no se la considera simultáneamente con la norma básica fundante”². Y él también sostiene:

«Si las normas de la constitución son parte integrante del orden jurídico, entonces la norma fundamental también debe considerarse como perteneciente al orden jurídico»³.

1. KELSEN, H. *Teoría pura del derecho*, trad. de la 2ª ed. en alemán por R. J. Vernengo, UNAM, México, 1981, reimp., p. 209.
2. KELSEN, H. “¿Qué es un acto jurídico?”, *Isonomía* 4, 1996, pp. 65-76.
3. *Op. cit.*, p. 67.

2. En la doctrina de la norma fundamental se asienta la concepción del derecho de Kelsen, al concebirlo como un orden de normas que serían válidas en virtud de otras normas válidas.

Según Kelsen, “una norma jurídica es válida porque ha llegado a existencia de la manera prescripta por otra norma”⁴. Mas no basta que haya otra norma. Ella debe ser válida. Afirma:

«El sentido subjetivo de un acto humano intencionalmente dirigido a un determinado comportamiento de otro hombre [...] se [...] interpreta como su sentido objetivo, y la norma, que es su sentido subjetivo, solo es considerada como norma válida, obligatoria para sus destinatarios, cuando: a) el acto cuyo sentido objetivo es la norma (que llamaremos acto A₁) está determinado como debido en otra norma, la que a su vez es el sentido subjetivo del acto A₂ que está dirigido intencionalmente al acto A₁, y b) cuando el sentido subjetivo del acto A₂ es también interpretado como su sentido objetivo»⁵.

3. Para la teoría pura del derecho, la norma fundamental misma “se supone que es válida; y tal suposición se hace porque, sin ella, ningún acto humano podría ser interpretado como acto creador de normas jurídicas”⁶.

La norma fundamental, como apunta Robert Walter, “crea la normatividad del objeto por conocer”⁷. Wolfgang Schild, a su vez, declara: “la norma fundamental misma constituye el deber, y de consiguiente es requisito indispensable para que el científico obtenga un objeto válido, definido como deber”⁸.

4. KELSEN, H. “La teoría pura del derecho y la jurisprudencia analítica”. En Kelsen, *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Editora Nacional, México, 1979, p. 229.

5. KELSEN, H. “El concepto de orden jurídico”. En Kelsen, *Contribuciones a la teoría pura del derecho*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1969, p. 94.

6. KELSEN, H. *Teoría general del derecho y del estado*, UNAM, México, 1969, 3ª ed., p. 137.

7. WALTER, R. *La estructura del orden jurídico*, Temis, Bogotá, 1984, p. 9.

8. SCHILD, W. *Las teorías puras del derecho*, Temis, Bogotá, 1983, p. 27.

Según observa Walter, la norma fundamental “ha permanecido constantemente como la base del edificio intelectual de la Teoría Pura del Derecho”⁹.

4. Una preocupación primordial de Kelsen fue “dejar bien sentada la objetividad de la validez”¹⁰. Pero resulta más bien propio de una concepción mágica suponer que por la sola fuerza de una norma supuesta adquiere poder creador de derecho válido un primer constituyente y se convierte un orden coercitivo en ‘normativo y objetivamente válido’.

Con razón Enrico Pattaro escribió:

«Por encima de la Constitución no existe otra norma, todavía más general, que la convierta en válida [...]. Se presupone, entonces, una *Grundnorm*, una norma fundamental; se simula que los legisladores constituyentes tuvieron, en base a la norma fundamental presupuesta, el poder de emanar una Constitución. Se supone que la Constitución sea válida para salvar la validez de todas las normas que derivan de ella, de la misma forma en que se supone que el fundador de la dinastía fuese un aristócrata para salvar la nobleza de sus descendientes»¹¹.

5. Para describir el derecho de una determinada comunidad, hemos afirmado, “no es menester suponer la validez de una ‘norma fundamental’”¹².

Así lo han entendido también, entre otros, Paul Amselek¹³, Eugenio Bulygin¹⁴, Juan-Ramón Capella¹⁵, Albert Calsamiglia¹⁶, José

9. WALTER, R. *Kelsen, la teoría pura del derecho y el problema de la justicia*, Temis, Bogotá, 1997, p. 95.

10. KELSEN, H. “Prólogo a la segunda edición”. En Kelsen, *Problemas capitales de la teoría jurídica del estado*, Porrúa, México, 1987, p. XLI.

11. PATTARO, E. *Elementos para una teoría del derecho*, Debate, Madrid, 1986, p. 78.

12. MANSON, M. “La teoría pura del derecho y la lógica formal”, *Revista de Ciencias Sociales* 6, 1974, pp. 55-67.

13. AMSELEK, P. “Kelsen et les contradictions du positivisme juridique”, *Archives de Philosophie du Droit* 28, 1983, pp. 271-282.

14. BULYGIN, E. “An antinomy in Kelsen’s pure theory of law”, *Ratio Juris* 3 (1), 1990, pp. 29-45.

15. CAPELLA, J.-R. *El derecho como lenguaje*, Ariel, Barcelona, 1968, pp. 139-141.

16. CALSAMIGLIA, A. “Sobre la teoría general de las normas”, *Doxa* 2, 1985, pp. 87-105.

Delgado Pinto¹⁷, María J. Fariñas Dulce¹⁸, Liborio L. Hierro¹⁹, y Joseph Raz²⁰.

6. El propio Kelsen, con posterioridad a la segunda edición de *Reine Rechtslehre*, en un artículo sobre la función de la constitución, aseveró:

«la suposición de una norma básica —como por ejemplo la norma básica de un orden religioso moral: ‘Deben ser obedecidos los mandamientos divinos’ o la norma básica de un orden legal: ‘Debemos comportarnos como lo indica la constitución históricamente primera’— contradice no sólo a la realidad, ya que no existe una norma tal como sentido de un acto de voluntad real, sino que ella además es autocontradictoria, dado que representa la autorización de la autoridad moral o legal más elevada, partiendo de esta manera de una autoridad —por cierto que sólo fingida— situada aun por encima de esa autoridad»²¹.

Pero Kelsen —que había declarado en 1911 que uno de sus objetivos era “la lucha contra la ficción”²²— ya en un ensayo publicado el año 1951, en *American Political Science Review*, había reconocido que la ciencia “no puede presuponer que estas normas fundamentales son

-
17. DELGADO PINTO, J. “Sobre la vigencia y la validez de las normas jurídicas”, *Doxa* 7, 1990, pp. 101-167.
18. FARIÑAS DULCE, M. J. *El problema de la validez jurídica*, Civitas, Madrid, 1991, p. 88.
19. HIERRO, L. L. *El realismo jurídico escandinavo. Una teoría empirista del derecho*, Torres, Valencia, 1981, p. 293.
20. RAZ, J. *The concept of a legal system. An introduction to the theory of legal system*, Clarendon Press, Oxford, 1980, 2ª ed., pp. 138 y ss.
21. KELSEN, H. “La función de la constitución”. En E. E. Mari *et al.*, *Derecho y psicoanálisis. Teoría de las ficciones y función dogmática*, Hachette, Buenos Aires, 1987, p. 86.
22. KELSEN, H. *Problemas capitales de la teoría jurídica del estado*, cit., p. VIII.

válidas”. Atinadamente expresó: “Afirmar la validez de una norma fundamental no positiva de un orden legal positivo sobrepasa los límites de una ciencia que tiene por objeto el orden legal positivo”²³.

7. En verdad, como bien dijera Patrick Wachsmann, el jurista que invoca una norma fundante básica “contribuye, lo quiera o no, a legitimar el poder del cual habla”²⁴.

Como aclaramos en otro lugar, el jurista que “se limita a conocer las normas de un ordenamiento jurídico, sin considerar sus relaciones con otras pautas (normativas o no-normativas)”, “si expresa que las disposiciones de la primera constitución histórica ‘deben ser cumplidas’ sólo significa que están vigentes”²⁵.

8. Si se atiende propiamente a la fundamentación de las normas constitucionales positivas, hay que considerar, según advertiera Rudolf von Ihering, las ‘fuerzas motoras’ que “se reúnen en el lado ético”²⁶. Por esto hemos aseverado:

«La apertura hacia la verdad, propia de toda actividad cognoscitiva, se perturba o trunca si se limita artificialmente el ámbito de estudio. Así ocurre cuando, so pretexto de una cierta sujeción a lo ‘dado’, se excluye realizar —con apego a pautas objetivas— un examen axiológico de las disposiciones jurídicas”²⁷.

-
23. KELSEN, H. “Ciencia y política”. En Kelsen *¿Qué es justicia?*, Ariel, Barcelona, 1991, p. 267.
24. WACHSMANN, P. “Le kelsenisme est-il en crise?”, *Droits* (Revue Française de Théorie Juridique) 4, 1986, pp. 53-64.
25. MANSON, M. *Kelsen y la lógica jurídica formal*, Edeval, Valparaíso, 1984, p. 131.
26. VON IHERING, R. *¿Es el derecho una ciencia?*, Comares, Granada, 2002, p. 76.
27. MANSON, M. *Hans Kelsen, la teoría del derecho y la lógica de las normas jurídicas*, Ediciones Jurídicas Olejnik, Santiago, Chile, 2004, p. 65.

9. La teoría pura del derecho adoptó, en cambio, un positivismo jurídico que “está íntimamente vinculado con el *relativismo*”²⁸ y que se “rehúsa a responder a la cuestión de la validez del derecho positivo por referencia a otro orden normativo, que sea diferente al derecho positivo y superior a él”²⁹.

Kelsen, habiendo negado, sin razón suficiente, objetividad a los juicios de justicia, recurrió a la norma fundamental para dotar de legitimidad a cualquier orden jurídico generalmente eficaz. Incurrió así en una toma de posición ideológica, mediante cuyo despliegue verbal creyó también satisfacer uno de sus planteamientos, según el cual “la esencia eterna del Derecho, su existencia toda, radica en la objetividad de su validez”³⁰.

10. Cabe tener presente que la norma fundamental no sólo estuvo destinada a favorecer el propósito ideológico de legitimar ordenamientos jurídicos. También fue puesta al servicio de una tesis mantenida por largo tiempo por Kelsen, de acuerdo con la cual dos normas en oposición contraria o contradictoria “no pueden afirmarse simultáneamente como siendo válidas”³¹. En la segunda edición (1960) de su *Reine Rechtslehre*, por ejemplo, el autor declara:

«Un conflicto normativo plantea, como una contradicción lógica, algo sinsentido»³².

28. KELSEN, H. *¿Qué es la teoría pura del derecho?*, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba (Argentina), 1958, p. 33.

29. KELSEN, H. “Positivismo jurídico y doctrina del derecho natural”, *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* 14, 1996, pp. 439-447.

30. KELSEN, H. *Teoría general del estado*, Editora Nacional, México, 1979, 15ª ed., p. 173.

31. KELSEN, H. “Una teoría ‘realista’ y la teoría pura del derecho”. En Kelsen, *Contribuciones a la teoría pura del derecho*, cit., p. 17.

32. KELSEN, H. *Teoría pura del derecho*, trad. de la 2ª edición en alemán, cit., p. 215.

Y en la misma obra sostiene que “posibilita la norma fundante básica interpretar el material propuesto al conocimiento jurídico como un todo dotado de sentido”³³.

11. Sin embargo, en sus últimos escritos revisará también Kelsen esa tesis. Expresará, por ejemplo: “Un conflicto entre dos normas es una situación indeseable pero posible, que ocurre bastante a menudo”³⁴. Y planteará en su libro póstumo:

«En verdad, una y la *misma norma* que prohíbe una conducta determinada no puede imponer esa misma conducta, pero es perfectamente posible que una y la misma conducta, prohibida por una norma válida existente, sea impuesta por otra norma simultáneamente existente. Entonces existe un *conflicto de normas*, y la existencia de los conflictos de normas no puede ser negada»³⁵.

12. A juicio de Norberto Bobbio, “desde Kelsen en adelante, y antes que nada a través de Kelsen, los problemas de la jurisprudencia teórica han entrado en el círculo de las discusiones generales de metodología, de ética y de metaética, de lógica y, más en general, de filosofía de las ciencias”³⁶. Pero Bobbio no repara en que, como hemos señalado, “las deficiencias e insuficiencias de los planteamientos de Kelsen, examinados desde un punto de vista lógico, metodológico o de filosofía de las ciencias, son considerables”³⁷.

Kelsen terminó extremando una posición voluntarista y sosteniendo que “los dos más importantes principios lógicos, la ley de

33. *Op. cit.*, p. 217.

34. KELSEN, H. “Derogation”, en Kelsen, *Essays in legal and moral philosophy*, ed. O. Weinberger, Reidel, Dordrecht, 1973, p. 271.

35. KELSEN, H. *Teoria geral das normas*, Fabris, Porto Alegre, 1986, p. 127.

36. BOBBIO, N. “Estructura y función en la teoría del derecho de Kelsen”. En Bobbio, *Contribución a la teoría del derecho*, Torres, Valencia, 1980, p. 243.

37. MANSON, M. *Argumentación, derecho y lógica. Introducción lógico filosófica al estudio de la argumentación jurídica*, EDISOFER, Madrid, 2008, 2ª ed., rev. y ampliada, pp. 186-187.

no contradicción y la regla de inferencia, no son directa ni indirectamente aplicables entre las normas de un sistema de derecho positivo”³⁸. Antes había hablado, sin fundamento suficiente, de “la lógica desarrollada por la teoría pura del derecho”³⁹.

Friedrich Lachmayer observó atinadamente:

«La teoría pura del derecho se distingue ya del estado de desarrollo más moderno de la teoría jurídica en el hecho de que está desprovista absolutamente de formalización. En relación a la metodología científica, la teoría pura ha sido superada con el advenimiento de la lógica jurídica formalizada, es decir, desde aproximadamente el año 1950»⁴⁰.

Lachmayer afirmó, asimismo, que el valor de uso científico de la doctrina de Kelsen está “en continua disminución”⁴¹. Según él, “semánticamente está superada en gran parte” y, “como ciencia jurídica, ella está superada sintácticamente, ya que proviene del período preformalizado de la evolución científica”⁴².

13. Bobbio, adhiriendo a la concepción kelseniana de la norma fundamental, escribió:

«La norma fundamental es el término unificador de las normas que componen un ordenamiento jurídico. Sin ella, las normas de que hemos hablado hasta ahora constituirían un conjunto informe, mas no un ordenamiento».

38. KELSEN, H. “Law and logic”, en Kelsen, *Essays in legal and moral philosophy*, cit., p. 246.

39. KELSEN, H. *¿Qué es la teoría pura del derecho?*, cit., p. 25.

40. LACHMAYER, F. “Elementos indicativos del ordenamiento jurídico”, en J. E. Serra et al., *Apreciación crítica de la teoría pura del derecho*, Edeval, Valparaíso, 1982, p. 65.

41. LACHMAYER, F. “Analisi retorica della dottrina pura del diritto”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* 59, 1982, pp. 28-41.

42. LACHMAYER, F. “La retórica científico-política de Kelsen en la primera edición de su Teoría Pura del Derecho”, *Revista Chilena de Derecho* 11 (1), 1984, pp. 127-136.

«Determinado el poder constituyente como poder último, debemos presuponer, por tanto, una norma que le atribuye al poder constituyente la facultad de producir normas jurídicas: *esta norma es la norma fundamental* que, de una parte, le atribuye a los ordenamientos constitucionales el poder de producir normas válidas, y de otra, le impone a todas las personas a quienes se dirige la norma constitucional, el deber de obedecerla».

«Una teoría coherente del ordenamiento jurídico no puede estar disociada de la teoría de la norma fundamental»⁴³.

Mas, como advirtiera también Luigi Ferrajoli, “el problema específico del fundamento de la validez de la constitución, en los términos en que lo plantea Kelsen, es un pseudoproblema”⁴⁴. La norma fundamental es —dice Ferrajoli— “un artificio de evidente sabor filosófico”, injustificado e innecesario⁴⁵.

14. La ordenación jerárquica de un conjunto de normas jurídicas se establece mediante ellas mismas, sin el concurso de la norma fundamental.

Como más tarde Bobbio se dará cuenta, suponer una norma fundamental es un recurso inútil y engañoso. En “Sobre el principio de legitimidad” —publicado en italiano en 1964—, expresará:

«la norma fundamental ha terminado siendo perfectamente superflua: la tarea que le es asignada es la de legitimar un poder, el cual encuentra su legitimidad no en el hecho de estar autorizado por una norma superior, sino en el hecho de ser efectivamente obedecido».

«Extraña norma, verdaderamente, la norma fundamental: se la invoca para fundar un poder del que después tiene necesidad ella misma para ser fundada. La norma última viene así inventada para fundar el poder último al mismo tiempo que el poder último viene requerido para fundar la norma última. Llegados a este vértice, se puede afirmar, parafraseando un dicho célebre, que *lex et potestas convertuntur*»⁴⁶.

43. BOBBIO, N. *Teoría general del derecho*, Debate, Madrid, 1991, pp. 173, 180 y 182.

44. FERRAJOLI, L. “Saggio di una teoria formalizzata del diritto”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* 42, 1965, pp. 55-105.

45. *Op. cit.*, p. 99.

46. BOBBIO, N. “Sobre el principio de legitimidad”. En *Contribución a la teoría del derecho*, cit., pp. 313-314.

En verdad —como indicamos en un libro que examina su pensamiento—, Bobbio “advirtió algunas de las debilidades del normativismo kelseniano influido por planteamientos del positivismo lógico”, movimiento constituido “gracias a la unión de una vieja tradición filosófica —la empirista— con la nueva lógica”⁴⁷.

15. A nuestro juicio, en el pensamiento de Kelsen “se manifiesta una orientación psicologista, que se acentúa en sus últimos trabajos”⁴⁸.

En lógica Kelsen siempre se mantuvo apegado a Sigwart, de quien Husserl observó: “El psicologismo no es en él un injerto inesencial y eliminable, sino la concepción fundamental que domina el sistema”⁴⁹.

Como apunta Ota Weinberger, “la principal causa de la errónea argumentación que lleva al escepticismo normológico es el psicologismo de Kelsen con respecto a las normas”⁵⁰. Se comprende, pues, que Mario Losano diga:

«Las ideas kelsenianas sobre lógica tienen una fuente precisa en el manual de Sigwart, que dejó una impronta indeleble en la formación del primer Kelsen. La herencia neokantiana y una concepción clásica de la lógica cierran a Kelsen el acceso a las lógicas modernas»⁵¹.

16. El mismo Kelsen mostrará cuán grande era su desconocimiento de los usos de la lógica matemática, al afirmar que

47. MANSON, M. *Filosofía, derecho y política en Norberto Bobbio*, Ediciones Jurídicas Olejnik, Santiago de Chile, 2011, p. 55.

48. MANSON, M. *Filosofía del derecho*, Ediciones Jurídicas Olejnik, Santiago de Chile, 2003, p. 128.

49. HUSSERL, E. *Investigaciones lógicas*, Revista de Occidente, Madrid, 1967, 2ª ed., t. I, p. 155.

50. WEINBERGER, O. “Normological inferences and the generation of legal norms”, *Ratio Juris* 9 (3), 1995, pp. 261-270.

51. LOSANO, M. *Teoría pura del derecho. Evolución y puntos cruciales*, Temis, Bogotá, 1992, p. 69.

ella “realmente es de mucho valor para la matemática, pero no tiene ninguna importancia para las demás ciencias, y sobre todo para la moral y el derecho, como sistema de normas”⁵².

Pero la materia de la lógica matemática o simbólica es, según bien señalaran Clarence Irving Lewis y Cooper Harold Langford, “simplemente la de la *lógica*”⁵³. Y la lógica es, como sostuviera Bertrand Russell, “la ciencia fundamental que unifica y sistematiza el conjunto del razonamiento deductivo”⁵⁴.

17. Como manifiesta Luigi Ferrajoli, la lógica es un ‘instrumento operativo’, de “formación del discurso”⁵⁵. Con razón Ilmar Tammelo asevera que la lógica jurídica formal es “complementaria de las otras disciplinas del pensamiento jurídico” y que a ella le corresponde desempeñar un ‘papel clave’, “al servicio del derecho de hoy y más todavía del derecho de mañana”⁵⁶.

Por esto Zygmunt Ziemiński pudo afirmar que “un conocimiento lógico básico” constituye “la condición inicial de progreso de las ciencias jurídicas”⁵⁷. Y por esto hemos declarado:

«La lógica matemática, como instrumento de organización racional del lenguaje —sea este enunciativo, como en las ciencias, o directivo, como en el derecho—, no puede estar ausente, ni en la enseñanza jurídica, ni en los

52. KELSEN, H. *Teoria geral das normas*, cit., p. 241.

53. LEWIS C. I. y LANGFORD, C. H. *Symbolic logic*, Dover, Nueva York, 1959, 2ª ed., p. 3.

54. RUSSELL, B. “El estudio de las matemáticas”. En Russell, *Misticismo y lógica y otros ensayos*, Paidós, Buenos Aires, 1957, p. 83.

55. FERRAJOLI, L. “Sulla possibilità di una teoria del diritto como scienza rigorosa”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* 40, 1963, pp. 320-363.

56. TAMMELO, I. “Possibilità e prospettive del ragionamento giuridico formale”, en I. Tammelo e I. Tebaldeschi, *Studi di logica giuridica*, Giuffrè, Milán, 1976, pp. 12 y 11.

57. ZIEMIŃSKI, Z. *Practical logic*, Reidel, Dordrecht, 1976, p. VI.

procesos institucionales de creación, aplicación y control de normas de derecho»⁵⁸.

18. Un análisis del desarrollo de la doctrina de Kelsen sobre el derecho, realizado a la luz de la lógica formal, contribuye, por ejemplo, a poner de manifiesto modificaciones conceptuales recubiertas por él con una misma terminología.

En *Problemas capitales de la teoría jurídica del estado* Kelsen afirma:

«Las normas jurídicas que obligan al Estado no entrañan ninguna sanción conminatoria para este»⁵⁹.

∴ Pero más tarde modifica el concepto de 'conducta obligatoria'. Así, en la segunda edición de *Reine Rechtslehre*, expresa:

«Que una conducta sea obligatoria significa que lo opuesto de esa conducta es condición de que la sanción sea debida»⁶⁰.

Mas, habiendo declarado que su concepción "toma como punto de partida la *fundamental antinomia entre el ser y el deber ser*"⁶¹, asevera:

«La conducta obligatoria no es la conducta debida; debida es la sanción»⁶².

Con todo, aunque reitera que el concepto de 'deber' sería una noción simple, que "no es analizable"⁶³, también afirma que "con el

58. MANSON, M. *Derecho y lógica formal*, Ediciones Jurídicas Olejnik, Santiago de Chile, 2006, p. 129.

59. KELSEN, H. *Problemas capitales de la teoría jurídica del estado*, cit., p. 389.

60. KELSEN, H. *Teoría pura del derecho*, trad. de la 2ª ed., cit., p. 39.

61. KELSEN, H. *Problemas capitales de la teoría jurídica del estado*, cit., p. XL.

62. KELSEN, H. *Teoría pura del derecho*, trad. de la 2ª ed., cit., p. 39.

63. *Op. cit.*, p. 19 y n. 1.

término 'deber' se designan las tres funciones normativas que expresa el enunciado jurídico": "el estar ordenada, el ser facultativa y el estar (positivamente) permitida la consecuencia"⁶⁴.

19. Kelsen insiste en que el derecho es un orden de normas jurídicas.

Sin embargo, mientras primero enuncia que "toda norma que contenga una voluntad del Estado con respecto a su propia conducta es una norma jurídica, por lo menos frente al sujeto-Estado"⁶⁵, posteriormente declara:

«Una norma que se limitara a imponer la obligación de hacer el servicio militar sería incompleta, dado que no indicaría cuál es la sanción en caso de violación de esta obligación. Debe ser, por lo tanto, completada para convertirse en una verdadera norma jurídica»⁶⁶.

Después, en *Teoría general del derecho y del estado*, escribe:

«Si la 'coacción' en el sentido aquí definido es un elemento esencial al derecho, entonces las normas que forman un orden jurídico tienen que ser normas que establezcan actos coactivos, es decir, sanciones»⁶⁷.

Finalmente, empero, considerará también como 'normas jurídicas' a entidades que tendrían el carácter de 'no-independientes' y expresará que "un orden jurídico, aunque de ninguna manera todas sus normas estatuyan actos coactivos, puede con todo ser caracterizado como un orden coactivo"⁶⁸.

64. *Op. cit.*, p. 91.

65. KELSEN, H. *Problemas capitales de la teoría jurídica del estado*, cit., p. 217.

66. KELSEN, H. *La teoría pura del derecho*, trad. de J. Tejerina de la 1ª ed. en alemán, Losada, Buenos Aires, 1941, p. 77.

67. KELSEN, H. *Teoría general del derecho y del estado*, cit., p. 52.

68. KELSEN, H. *Teoría pura del derecho*, trad. de la 2ª ed., cit., p. 70.

20. El derecho, en verdad, es más que un conjunto de normas. También lo integran, por ejemplo, “oraciones declarativas, que enuncian principios, definen términos o mencionan la realización de supuestos de hecho”⁶⁹.

Cabe observar igualmente que —como hemos tenido oportunidad de precisar— “las normas sancionadoras aparecen también como ‘no-independientes’, si para su aplicación o su vigencia se requieren otras expresiones, como las que definen sus términos, facultan su dictación o contribuyen a determinar la conducta ilícita o la misma sanción”⁷⁰.

Y hay que tener presente que el discurso de Kelsen no utiliza una concepción lingüística de las normas, ajustada a las exigencias de la lógica, sino que mezcla, en una combinación inestable, el psicologismo y el voluntarismo con un neokantismo que lo llevó a: (1) postular la tesis de la ‘unidad de los ordenamientos jurídicos’, calificada por Herbert Hart como una de las “más sorprendentes que Kelsen haya expuesto”⁷¹; (2) sostener que “la norma de justicia no puede suponerse válida al mismo tiempo que el derecho positivo”⁷²; (3) plantear que entre el ‘mundo del ser’ y el del ‘deber ser’ “existe un abismo infranqueable”, que justificaría “liberar la formación de los conceptos jurídicos de ciertos elementos que tienen un carácter sociológico”⁷³; (4) negar que la pregunta por la validez de una norma pueda “ser contestada mediante la verificación de un hecho empírico”; y (5) afirmar que el ‘fundamento de validez’ es siempre una norma, de suerte que la validez de los Diez Mandamientos se fundaría en “la norma según la cual deben obedecerse los mandamientos divinos”⁷⁴.

69. MANSON, M. *Filosofía del derecho*, cit., p. 166.

70. MANSON, M. *Kelsen y la lógica jurídica formal*, cit., pp. 99-100.

71. HART, H. “La teoría de Kelsen sobre la unidad del derecho”. En P. Casanova y MORESO J. J. (eds.), *El ámbito de lo jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, Crítica, Barcelona, 1994, p. 383.

72. KELSEN, H. “Justicia y derecho natural”. En H. Kelsen et al., *Crítica del derecho natural*, Taurus, Madrid, 1966, p. 36.

73. KELSEN, H. “Sobre los límites entre el método sociológico y el jurídico”, *Revista de la Facultad de Derecho de México* 19 (75-76), 1969, pp. 561-593.

74. KELSEN, H. *Teoría pura del derecho*, trad. de la 2ª ed., cit., p. 201.

21. Kelsen procuró también vincular su concepción de la norma fundamental con la doctrina kantiana de la ‘lógica trascendental’.

Según recuerda Juan Antonio García Amado, Kelsen “repite a lo largo de toda su obra que la norma fundamental puede verse como ‘condición lógico-trascendental’ de los juicios con los que el sentido subjetivo de un acto constituyente y de los actos dictados con arreglo a él son interpretados como normas en sentido objetivo”⁷⁵. Pero, como observara, por ejemplo, Guido Fassò, “no se acierta a ver cómo la constitución, o conceptos análogos, puedan ser considerados como trascendentales”⁷⁶.

Para Kant, la palabra ‘trascendental’ conviene únicamente a un conocimiento *a priori* y, en rigor, “solo a aquel mediante el cual conocemos que ciertas representaciones (intuiciones o conceptos) no son aplicadas o posibles más que *a priori* y cómo lo son”⁷⁷. Según este sentido, el *Vocabulaire technique et critique de la philosophie* de André Lalande expresa que es ‘trascendental’, “por oposición a lo empírico, lo que es una condición *a priori* y no un dato de la experiencia”⁷⁸. La norma fundamental, en cambio, representa, como advierte también Andrei Marmor, “una opción ideológica, por así decirlo, y no algo dictado por la Razón”⁷⁹.

22. En todo caso, el énfasis de Kelsen “en la norma básica como una presuposición lógico-trascendental kantiana”, fue, como anota Håkan Gustafsson, “finalmente abandonado”⁸⁰.

75. GARCÍA AMADO, J. A. *Hans Kelsen y la norma fundamental*, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 107.

76. FASSÒ, G. *Historia de la filosofía del derecho. Siglos XIX y XX*, Ediciones Pirámide, Madrid, 1981, p. 231.

77. KANT, I. *Crítica de la razón pura*, Losada, Buenos Aires, 1973, 7ª ed., t. 1, “Idea de una lógica trascendental”, II, p. 205.

78. LALANDE, A. *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Alcan, París, 1928, t. II, p. 904.

79. MARMOR, A. “The pure theory of law”. En Edward N. Zalta (ed.), *The Stanford encyclopedia of philosophy* (<http://plato.stanford.edu/archives/fall2010/entries/lawphil-theory/>).

80. GUSTAFSSON, H. “Fiction as law”, *Rechtstheorie* 41, 2010, pp. 319-363.

El último Kelsen, según recuerda también Torben Spaak, adhiere a la concepción de Vaihinger y presenta a la norma básica como una norma ficticia, al proseguir con su intento de “fundamentar la normatividad del sistema jurídico”⁸¹.

Pero las ficciones deben acreditar su utilidad; las usamos, como planteara Vaihinger, para lograr ciertos objetivos, con el carácter de ‘instrumentos’⁸². A diferencia de las ficciones admitidas por la ciencia, que favorecen la ampliación de nuestro conocimiento, la ficción de una norma fundamental no es más que la introducción de una prueba fingida, para acreditar la existencia de un ‘fundamento de validez de la constitución originaria’.

No existe tal ‘fundamento superior’ del derecho positivo y fingir su existencia resulta estéril y engañoso para el conocimiento jurídico.

23. De acuerdo con lo planteado por Kelsen, la interpretación del derecho positivo como un ‘orden normativo objetivamente válido’ “solo es posible” bajo condición de que se admita “una norma fundante básica según la cual el sentido subjetivo de los actos productores de derecho, también sea su sentido objetivo”⁸³.

Mas, por ser ficticia dicha norma, Stanley S. Paulson declarará que la normatividad, en sentido kelseniano, “también se convierte en una ficción”⁸⁴. Y Hans Weizel, por su parte, afirmará:

«debido al carácter ficticio, inventado, de la norma fundamental (del deber ser supremo) toda la serie de obligación y de justificación (incluida la ‘legitimación’), que se deriva de ella, asume un carácter también ficticio»⁸⁵.

81. SPAAK, T. “Kelsen and Hart on the normativity of law”, ed. online (www.scandinavianlaw.se/pdf/48-24.pdf).

82. VAHINGER, H. *The philosophy of ‘as if’*. A system of the theoretical, practical and religious fictions of mankind, trad. C. K. Ogden, Kegan Paul, Londres, 1924, pp. 12 y ss.

83. KELSEN, H. *Teoría pura del derecho*, trad. de la 2ª ed. en alemán, cit., pp. 228-229.

84. PAULSON, S. L. “Hans Kelsen et les fictions juridiques”, *Droit* 21, 1995, pp. 65-81.

85. WELZEL, H. “El problema de la validez del derecho”. En G. Radbruch *et al.*, *Derecho injusto y derecho nulo*, Aguilar, Madrid, 1971, p. 106.

Al desplomarse la justificación teórica de la doctrina de la norma básica, cae también toda la concepción kelseniana de la normatividad. Como bien dijera Carlos Cossio, de la teoría de Kelsen la norma fundamental es el “centro mismo”⁸⁶.

24. Kelsen afirmó que “la Teoría pura del Derecho extrae las consecuencias últimas de la filosofía y la teoría jurídica del siglo XIX, originariamente antiideológicas y positivistas”⁸⁷. Y declaró que, para él, la ‘conclusión lógica’ “es el criticismo; el positivismo y el empirismo, entendiéndose por tales aquella dirección de la filosofía y de la ciencia que parte de lo positivo, esto es, de lo dado en la experiencia sensible, de lo que los sentidos pueden percibir y la razón comprender, de la experiencia eternamente cambiante”⁸⁸.

Sin embargo, ya en el “Prólogo a la segunda edición” de *Hauptprobleme* había aseverado:

«vemos en el deber ser la expresión de la autonomía del derecho, que a la ciencia jurídica cumple determinar, a diferencia de un ser social ‘sociológicamente’ captable»⁸⁹.

Con razón Fritz Schreier pudo expresar:

«El más agudo contradictor del empirismo es Kelsen. Su pensamiento fundamental es la distinción entre ser y deber ser»⁹⁰.

86. COSSIO, C. “Prólogo”, en H. Kelsen, *La teoría pura del derecho*, trad. de la 1ª ed. en alemán, cit., p. 9.

87. KELSEN, H. *La teoría pura del derecho*, trad. de la 1ª ed., cit., p. 51.

88. KELSEN, H. “Forma de estado y filosofía”, en Kelsen, *Esencia y valor de la democracia*, Labor, Barcelona, 1977, 2ª ed., pp. 153-154.

89. KELSEN, H. “Prólogo a la segunda edición”, en Kelsen, *Problemas capitales de la teoría jurídica del estado*, cit., p. XL.

90. SCHREIER, F. *Conceptos y formas fundamentales del derecho*, Losada, Buenos Aires, 1942, pp. 79-80.

Como advirtiera asimismo Alf Ross, el significado de la doctrina de Kelsen se comprende mejor si se consideran sus factores genéticos, entre los que está la idea “de que existe una dogmática jurídica diferente de una teoría social”⁹¹.

25. El ‘mundo del deber’ no tiene, sin embargo, ese “carácter puramente ideal, por así decir, etéreo, que no contiene nada de ser”, que le atribuyera Simmel en *Problemas fundamentales de la filosofía*⁹². Como observara Durkheim, “las leyes están contenidas en los códigos”, así como “la moda se conserva en el vestuario”⁹³.

Las normas, como oraciones directivas, son expresiones lingüísticas, formadas por signos, los que —como apunta R. M. Martin— son “apariciones reales de cierto tipo dentro del mundo espacio-temporal”⁹⁴. Y el significado de las normas legales se determina empíricamente. Las palabras de la ley tienen, por ejemplo, el sentido que les atribuye un diccionario.

Solo mediante usos del lenguaje, que se dan temporalmente, se constituyen los significados y se interpretan las oraciones normativas. Como dijera Wittgenstein, el uso es “la vida del signo”⁹⁵.

26. Se justifica, pues, según recomendara Felix Kaufmann, “disolver críticamente la idea de un método normativo”, concebido a la manera de Kelsen. Como Kaufmann dice, así “se disipan también

91. ROSS, A. *Hacia una ciencia realista del derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961, p. 46.
92. SIMMEL, G. *Problemas fundamentales de la filosofía*, Uteha, México, 1961, p. 109.
93. DURKHEIM, É. “Social facts”. En M. Brodbeck (ed.), *Readings in the philosophy of the social sciences*, Macmillan, Nueva York, 1968, p. 254.
94. MARTIN, R. M. *Verdad y denotación*, Tecnos, Madrid, 1962, p. 75.
95. WITTGENSTEIN, L. “The blue book”. En Wittgenstein, *The blue and brown books*, Harper & Row, Nueva York, 1965, p. 4.

diversas cuestiones tratadas dentro de la teoría pura del derecho, por ejemplo, aquella de la *tensión entre el ser y el deber ser*, o esa otra de cómo es posible que, a pesar de la separación de esferas entre el ser y el deber ser, el *derecho positivo* pueda constituir a la vez, *un ser y un deber ser*, según el aspecto bajo el cual se le considere”⁹⁶.

El mismo Kelsen —junto con reconocer que anteriormente, al afirmar que “la norma básica confiere ‘poder de creación de derecho’ al primer legislador histórico y permite ‘interpretar como derecho el material empírico que se presenta como tal’”, “entendía por ‘derecho’ normas objetivamente válidas”⁹⁷—expresará que “un orden *jurídico* es un orden coercitivo que es en general eficaz”⁹⁸, admitirá que “no es necesario presuponer esta norma fundamental”⁹⁹, y mencionará una “interpretación sociológica, que no presupone la norma fundante básica”¹⁰⁰.

27. En última instancia, según advierte también Meinong, “la experiencia es la única fuente de conocimiento a disposición de una ciencia de la realidad”. Como él manifiesta, “el fundamento indispensable del conocimiento empírico siempre permanece empírico y es *toto coelo* diferente del carácter epistemológico general del *a priori*”¹⁰¹.

96. KAUFMANN, F. *Metodología de las ciencias sociales*, F.C.E., México, 1946, p. 395.
97. KELSEN, H. “El profesor Stone y la teoría pura del derecho”. En Kelsen, *Contribuciones a la teoría pura del derecho*, cit., p. 71.
98. *Op. cit.*, p. 70.
99. KELSEN, H. “Los juicios de valor en la ciencia del derecho”. En Kelsen, *La idea del derecho natural y otros ensayos*, cit., p. 260.
100. KELSEN, H. *Teoría pura del derecho*, trad. de la 2ª ed. en alemán, cit., p. 229, n. 133.
101. MEINONG, A. “The theory of objects”. En R. M. Chisholm (ed.), *Realism and the background of phenomenology*, Ridgeview Publishing Co., Atascadero, CA, 1960, p. 110.

El derecho es una creación cultural y forma parte de nuestra realidad. Como previene Wróblewski, el derecho “se crea, aplica y funciona en el contexto de diferentes hechos sociopsíquicos, incluidas las normas y valoraciones extralegales, diferentes tipos de relaciones sociales y otros factores condicionantes del derecho (por ejemplo, economía, política, cultura general), diversas opiniones concernientes a los hechos relevantes para el derecho, etc.”¹⁰².

Como observa Schmitt, “una ley no puede aplicarse, manipularse o ejecutarse a sí misma; no puede ni interpretarse, ni definirse, ni sancionarse”¹⁰³.

28. Juiciosamente Karl Engisch plantea:

«Una ciencia jurídica ‘concreta’ no ha de atrincherarse tras el principio metodológico de una teoría ‘pura’ del derecho, según el cual, objeto de la jurisprudencia en cuanto tal son solo las normas y sus contenidos normativos de deber ser. Más bien forzará, a causa de las relaciones tantas veces puestas de manifiesto entre ser y deber ser, a que el jurista tenga a la vista, a la hora de delimitar los contenidos normativos, los hechos jurídicos determinantes, y a tratar de ello en los manuales»¹⁰⁴.

El jurista debe conocer tanto la validez del derecho como su efectividad; no sólo las normas jurídicas en su sentido, sino también en sus relaciones con quienes las establecen, modifican, derogan, anulan, aplican, cumplen o incumplen.

29. La ciencia del derecho está llamada a formular descripciones, explicaciones, predicciones y leyes, en relación con las normas jurídicas, las autoridades que las dictan y las personas regidas por ellas.

102. WRÓBLEWSKI, J. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 45-46.

103. SCHMITT, C. *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, Tecnos, Madrid, 1996, p. 16.

104. ENGISCH, K. *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales*, Comares, Granada, 2004, p. 214.

Como planteara Werner Krawietz, hay que concebir al derecho “no sólo como una construcción lingüístico-mental —en mayor o menor medida documentada en los textos legales—, sino también y ante todo como una construcción social dependiente de las fuerzas de la sociedad y caracterizada por ellas”¹⁰⁵.

Richard A. Posner afirmó atinadamente que la educación jurídica debe capacitar para conocer “las causas del derecho, sus consecuencias directas e indirectas en la conducta, la experiencia jurídica de otras naciones y las leyes científicas del sistema jurídico”¹⁰⁶. Y Giuseppe Capograssi juiciosamente aseveró que, para darse cuenta del derecho, hay que entrar “en todos los principios, los valores, los fines y los intereses que lo constituyen”, “estar dentro del hecho, del contenido de interés y no fuera”, y “rastrear en los contenidos y en los intereses constitutivos de la acción humana, el nacer y el afirmarse del mundo concreto del derecho y su conexión con todos los fines de la vida”¹⁰⁷.

30. Pero incumbe también a los juristas efectuar, con sujeción a pautas objetivas, una evaluación de las disposiciones jurídicas positivas, y enunciar proposiciones relativas al perfeccionamiento del derecho vigente, según criterios axiológicos.

El jurista, al asumir una actitud científica, debe ~~ciertamente~~ exponer sus juicios de manera que sea posible verificarlos o refutarlos intersubjetivamente. Su misión es conocer y no proceder tendenciosamente, según los dictados de posiciones ideológicas. La común medida, aplicable a una investigación o a un discurso científico, tanto al inicio como en su desarrollo y a su término, es la verdad. Debemos no confundir los enunciados científicos con la expresión de emociones o sentimientos. Pero una evaluación no es una simple toma

105. KRAWIETZ, W. “Derecho y racionalidad en la moderna teoría del derecho”. En E. Garzón Valdés (comp.), *Derecho y filosofía*, Alfa, Barcelona, 1985, p. 170.

106. POSNER, R. A. *The problems of jurisprudence*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1994, reimp., p. 468.

107. CAPOGRASI, G. “Reflexiones críticas sobre la teoría del derecho y del estado de Hans Kelsen”, *Revista de Ciencias Sociales* 8, 1975, pp. 23-64.

de posición; está sometida, en su carácter enunciativo, a los controles utilizables para la formulación y comprobación de los asertos científicos.

31. Desde un punto de vista axiológico, los objetos y situaciones no solo son susceptibles de actos de agrado o desagrado, de adhesiones o rechazos, alabanzas o censuras. También cabe evaluarlos, procediendo cognitivamente.

Los que confinan a la ciencia del derecho al interior de la 'madera carcómida de las leyes' confunden la tarea del jurista con el oficio de servidor de los mandatos de gobernantes de turno.

Las cuestiones concernientes a la justicia, no constituyendo problemas de índole analítica, son de carácter factual. Pueden ser tratadas por la ciencia empírica. *Pace* Kelsen, no puede desentenderse de ellas una ciencia jurídica integral.

No siendo la expresión inmediata de deseos, aprobaciones o reprobaciones, los juicios de justicia pueden ser enunciativos y tener cabida en la ciencia jurídica.

A CINCUENTA AÑOS DE *THE CONCEPT OF LAW*: HART COMO NATURALISTA BLANDO *

ERNESTO RIFFO ELGUETA

I. Dos naturalismos

Atendida la audiencia, comienzo con una advertencia terminológica: en esta presentación utilizo el concepto "naturalismo" en un sentido distinto del que es tradicional en la filosofía del derecho, y con el que poco tiene que ver. En otras palabras, no hablaré de naturalismo en el sentido en que la posición teórica que el concepto denota se opone al positivismo jurídico. En cambio, utilizaré el concepto en dos sentidos diversos pero —como pretendo mostrar—, relacionados entre sí.

De acuerdo al primer sentido en que usar el término, el naturalismo es la posición teórica según la cual la ciencia empírica es el modelo ideal de toda empresa con pretensiones cognitivas, de manera que todas ellas —incluida, por cierto, la filosofía— deben asimilarse a ella. Llamaré a esta posición naturalismo *à la* Quine pues de sus ideas derivan las principales tendencias naturalistas en la filosofía contemporánea, incluida aquella en la filosofía del derecho que discutiré más adelante¹.

* Presentado en la Cuarta Jornada Chileno-Argentina de Filosofía del Derecho, Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso, 11 y 12 de noviembre de 2011. Comentarios a eriffo@gmail.com

1. Véanse, por ejemplo, QUINE (2004a) y (2004b). La posición en filosofía del derecho en cuestión es, desde luego, Leiter (2007a).