

LA DIALÉCTICA DEL FUNDAMENTO DEL SISTEMA JURÍDICO EN KELSEN Y EN ROSS

THE DIALECTIC OF FOUNDATION OF THE LEGAL SYSTEM IN KELSEN AND ROSS'S THEORIES.

ARTURO BERÚMEN CAMPOS

RESUMEN: Este ejercicio se basa en el aserto hegeliano de considerar como fundamento no sólo aquello que se “presupone” sino también aquello que se “pone” como resultado, con el propósito de estar en condiciones de puntualizar las razones lógicas de las insuficiencias del formalismo de kelsen y del realismo de ross para fundamentar al derecho y con el objetivo de explorar las posibilidades de reintroducir a los valores y a los hechos dentro de un fundamento del derecho positivo, de modo que éste pueda ser concebido como la mediación entre hecho y valor.

PALABRAS CLAVE: *Dialéctica; norma hipotética fundamental; norma de competencia suprema; mala infinitud; infinitud real.*

ABSTRACT: This exercise is based in the Hegelian assertion which considers as foundation not only what is “presupposed “ but also what is “post” as result (effect), in order that we be able to point out the logical reasons of the insufficiency of Kelsen’s formalism and Ross’s realism to base the right and with the aim of explore the possibilities of reintroducing the values and the facts in a foundation of positive law, so that it can be conceived as mediation between fact and value.

KEY WORDS: *Dialectics; fundamental hypothetical norm; supreme competition norm; bad infinity; actual infinity.*

¹ Profesor e investigador del Departamento de derecho de la Universidad Autónoma Metropolitana de México, D. F.

SUMARIO: I. Introducción. II. La mala infinitud en la fundamentación del derecho. III. La norma hipotética fundamental en kelsen. IV. La norma suprema de competencia de ross. V. La infinitud real en la fundamentación del derecho. VI. Bibliografía.

“...la manifestación, el desarrollo y la determinación no proceden hasta lo infinito y no cesan de un modo puramente contingente; el verdadero proceso consiste más bien en que esta reflexión del concepto se interrumpe en sí, al retornar verdaderamente a sí mismo.”

Hegel: El concepto de religión

I. INTRODUCCIÓN

No deja de ser significativo que tanto el formalismo jurídico como el realismo desemboquen en la necesidad de un subterfugio para entender la realidad jurídica en su totalidad. El primero por sostener una dualidad abstracta entre hecho y valor y el segundo por mantener un monismo fisicalista en el campo de lo social.

De los temas analizados por Javier Esquivel Pérez, en su libro donde compara las teorías del derecho de Kelsen y de Ross, donde alcanza una mayor intensidad intelectual, es precisamente cuando expone y contrasta el fundamento jurídico en ambos autores. Y ello no sólo porque describe la evolución teórica de este aspecto en cada uno de ellos, sino por su conclusión un tanto desencantada en cuanto a sus resultados. Con respecto de la postura última de Kelsen señala:

Ante este panorama la norma básica se introdujo para cumplir funciones de norma, de definición e incluso de categoría epistemológica. La consecuencia obligada es una construcción híbrida que acaba por no cumplir ninguna de sus funciones.²

Por lo que se refiere a Ross, hace suya la postura de Raz:

² ESQUIVEL PÉREZ, Javier, *Kelsen y Ross, formalismo y realismo en la teoría del derecho*, UNAM, México, 1980, p. 137.

Expresamente ha escrito Raz que Ross dice poco sobre su norma básica, la cual “plantea más problemas que los que resuelve” y después de los problemas y las confusiones de la versión kelseniana no puede esperarse una explicación satisfactoria de este concepto.³

Pareciera que encontrar el fundamento del orden jurídico no puede prescindir de los valores como pregona el iusnaturalismo,⁴ o que es necesario renunciar a buscarlo dentro del derecho mismo como propugnaría el sociologismo economicista.⁵ Sin embargo, concebido como algo exterior a él, el fundamento del derecho, es decir, el hecho o el valor, no queda determinado sino que puede ser arbitrario.

Este ejercicio se basa en el aserto hegeliano de considerar “que aquello a lo cual el movimiento retorna como a su fundamento, se considere como resultado”,⁶ con el propósito de estar en condiciones de puntualizar las razones lógicas de las insuficiencias del formalismo y del realismo para fundamentar al derecho y con el objetivo de explorar las posibilidades de reintroducir a los valores y a los hechos dentro de un fundamento “jurídico” del derecho positivo, de modo que éste pueda ser concebido como la mediación entre hecho y valor.

³ *Ibidem.*

⁴ GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, “*Algunos aspectos de la doctrina kelseniana*”, Porrúa, México, 1978, p. 164, “La teoría de la norma básica es el velo que oculta el iusnaturalismo kelseniano”.

⁵ MARX, “Prólogo de la Contribución a la crítica de la economía política”, en *Obras escogidas de Marx-Engels*, T I, Progreso, Moscú, 1977, p. 343.

... tanto las relaciones jurídicas como las formas de Estado no pueden comprenderse por sí mismas ... sino que radican, por el contrario, en las condiciones materiales de vida ...

⁶ HEGEL, *Ciencia de la lógica*, trad. Rodolfo Mondolfo, T I, Solar, Buenos Aires, 1982, p. 92.

II. LA “MALA INFINITUD” EN LA FUNDAMENTACIÓN DEL DERECHO

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

no existe una serie infinita de causas, ni una infinidad de especies de causa. Y así, desde el punto de vista de la materia, es imposible que haya producción *hasta el infinito*.⁷

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

Si se hace de lo pensado el criterio enjuiciador de lo sentido, aquello necesitará, a su vez, recurrir a otro para fundamentarse... pero este otro criterio será también algo pensado que necesitará, por tanto, a su vez, de una nueva fundamentación, con lo cual nos veremos llevados *hasta el infinito*.⁸

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

La norma que representa el fundamento de validez de otra norma es, es su respecto, una norma superior; pero la búsqueda del fundamento de validez de una norma no puede proseguir hasta el infinito, como la búsqueda por una causa de un efecto.⁹

⁷ ARISTÓTELES, *Metafísica*, trad. Patricio de Azcárate, Porrúa, México, 1980, p. 32.

⁸ HEGEL, *Lecciones sobre la historia de la filosofía*, II, trad. Wenceslao Roces, FCE, México, 1985, p. 446; ver además p. 435:

Estos modos determinados de la contraposición a través de los cuales se llega al retraimiento de la anuencia es lo que los escépticos llama giros (*trópoi*).

⁹ KELSEN, *Teoría pura del derecho*, UNAM, trad. Roberto Vernengo, 1979, p. 202; ESQUIVEL PÉREZ, *op. cit.* p. 77.

Hegel denomina a este vicio del pensamiento como “mala infinitud”, porque consiste, únicamente, en “ir más allá de lo finito”, en “la negación de lo finito”,¹⁰

Pero sin ser “capaz de liberarse de él en verdad”¹¹, lo cual trae como consecuencia que “El progreso al infinito es por lo tanto sólo la mismidad que se repite, una sola y misma molesta alternación de este finito e infinito”,¹² es decir, el progreso al infinito es un “continuo superar el término ... y el perpetuo recaer en él”.¹³

El mismo Hegel denomina a este proceso como falsa infinitud, porque a pesar de ser el primer intento, “la primera elevación de la representación sensible por encima de lo finito en el pensamiento”,¹⁴ es en realidad otro finito, porque “Este finito tiene la firme determinación de un más allá, imposible de ser alcanzado”¹⁵ y, por lo tanto, “es sólo uno de los lados, es él mismo finito, no es el todo ... tiene su término en aquél que le está enfrente, y así es el infinito finito”.¹⁶

También Hegel denomina al proceso al infinito como infinitud del intelecto ya que éste “presupone como permanentes el límite y lo finito” y no “se da cuenta de que ambos comparecen allí como momentos del todo”,¹⁷ es decir, como la unidad de ambos.¹⁸ El proceso al infinito, recapitulando, es un infinito malo porque no supera a lo finito, es un infinito falso porque él mismo es un finito y es abstracto e unilateral porque no se puede unir a lo finito.

¹⁰ HEGEL, *Ciencia de la lógica*, op., cit., p. 183.

¹¹ *Ibidem.* p. 182.

¹² *Idem.*

¹³ *Ibidem.* p. 295.

¹⁴ *Ibidem.* p. 192.

¹⁵ *Ibidem.* p. 182.

¹⁶ *Ibidem.* p. 184.

¹⁷ *Ibidem.* p. 188.

¹⁸ *Idem.*

Ahora bien, a pesar de que Kelsen y Ross rechazan el progreso al infinito para intentar fundamentar al derecho, en realidad lo presuponen como tal, es decir, como infinito malo, falso y unilateral, al presuponer la validez de una norma básica que es una norma mala, pues no es una norma realmente, es una norma falsa, porque es una ficción y es una norma unilateral pues es una “norma in-normada” al modo de Aristóteles que supone un “motor inmóvil” para fundamentar el movimiento.¹⁹ De esta manera, por querer evitar el progreso al infinito, en cuanto tropo del conocimiento, caen en otro, el que Sexto Empírico denomina: él de la hipótesis.²⁰

III. LA NORMA HIPOTÉTICA FUNDAMENTAL EN KELSEN

Pocos esquemas jurídicos como el de Kelsen, dan la imagen, aunque truncada, del infinito malo: “La imagen del progreso al infinito está en la línea recta”.²¹ Y, efectivamente, la concepción dinámica del sistema jurídico kelseniano.

Como sistema generador de normas escalonadas jerárquicamente en su concretización a partir de la constitución y por escalones intermedios ¿leyes, reglamentos, decretos, contratos, sentencias, etcétera? Hasta los actos individuales de ejecución.²²

¹⁹ GARCÍA MAYNEZ, *op. cit.* p. 163:

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

²⁰ HEGEL, *Lecciones sobre la historia de la filosofía*, T. II, *op. cit.*, p. 447.

²¹ HEGEL, *Ciencia de la lógica*, *op. cit.*, p. 190.

²² ESQUIVEL PÉREZ, *op. cit.* p. 69.

Puede representarse y, de hecho se ha representado de una manera lineal,²³ en cuyos extremos se encuentra, por una lado, “La NB (norma básica) (que) no vale por haber sido creada de cierto modo, sino que ... es presupuesta como válida”,²⁴ y, por otro lado, los actos de pura ejecución jurídica.²⁵

Claro que Kelsen, al establecer los límites de la línea recta, está negando al infinito, al único que concibe, al infinito falso, pero, por eso mismo, no puede fundamentar “infinitamente” al sistema jurídico, es decir, no puede unificar, lógicamente, los actos de ejecución con la norma fundamental y el infinito malo se le reintroduce, nuevamente, al condicionar la validez (infinitud) del sistema jurídico por su eficacia (finitud) “estatuida en la norma fundamental”.²⁶ Y no puede articular, mediadamente, el fundamento formal la condición de validez *perquam* -con el fundamento real- la condición de eficacia *sine qua non*.²⁷ Lo cual tiene como consecuencia que:

a causa de esta diversidad de contenido del fundamento ... la asignación de fundamentos reales se convierta en un formalismo ... Por eso, ahora, se presenta el caso de que él no contiene en sí mismo la indicación de cuál de las múltiples determinaciones tenga que ser considerada como la esencial.²⁸

²³ TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Sobre el sistema jurídico y su creación*, UNAM, México, 1976, pp. 94, 95, 96.

²⁴ ESQUIVEL PÉREZ, *op. cit.* p. 77.

²⁵ KELSEN, *Teoría del estado*, Nacional, México, 1983, pp. 326, 327 Esquivel Pérez, *op. cit.* p. 130.

²⁶ KELSEN, *Teoría pura del derecho*, *op. cit.*, p. 217.

²⁷ KELSEN, *Teoría general del derecho y del estado*, trad. Eduardo García Maynez, UNAM, México, 1969, p. 140:

La eficacia del orden jurídico total es condición necesaria de la validez de cada una de las normas que lo integran. Trátase de una *conditio sien qua non*, no de una *conditio per quam*. La eficacia del orden jurídico total es una condición, no la razón de validez de las normas que lo constituyen.

²⁸ HEGEL, *Ciencia de la lógica*, *cit.*, *op. t. I*, p. 192.

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

quedaría en pie la pregunta de si se puede seguir hablando de normas en el caso de un orden coactivo y eficaz no fundamentado. Si se responde que sí... su pertenencia habría de decidirse sin recurrir a la NB... Si se contesta que no... el concepto de norma no es condición necesaria para hablar de derecho.²⁹

Todas las dificultades del desarrollo teórico de la norma básica en Kelsen,³⁰ radican en la misma actitud que los escépticos reprochaban a los dogmáticos, según Hegel:

Cuando los dogmáticos se ven rechazados a lo infinito, establecen como principio, algo que no tratan de probar, sino que quieren que se les reconozca pura y simplemente y sin necesidad de prueba alguna.³¹

Es decir, el carácter supuesto de la norma básica, al pretender soslayar la mala infinitud, “Es una huída por encima de lo limitado”,³² que no “pone” el fundamento sino que sólo lo “presupone”.³³

La primera formulación teórica de la norma básica en Kelsen fue la llamada “construcción jurídica” de la “voluntad del Estado”,³⁴ que consistía en “el punto común de confluencia de todas las líneas de imputación ... el punto final de la imputación jurídica”.³⁵

Pero este último punto de imputación no constituía una verdadera fundamentación del orden jurídico, porque “el principio con

²⁹ ESQUIVEL PÉREZ, *op. cit.* p. 79.

³⁰ *Ibidem.* pp. 136, 137.

³¹ HEGEL, *Lecciones sobre la historia de la filosofía*, op., cit., T II, p. 447.

³² HEGEL, *Ciencia de la lógica*, op.cit., T. I, p. 192.

³³ *Ibidem.* p. 83:

Pero el ser determinado tiene todavía el sólo significado del ser-puesto, y presupone esencialmente un fundamento, más bien en el sentido de que no lo pone ...

³⁴ ESQUIVEL PÉREZ, *op. cit.* p. 75.

³⁵ KELSEN, *Problemas capitales de la teoría jurídica del estado*, trad. Wenceslao Roces, Porrúa, México, 1987, pp. 156-158.

arreglo al cual se opera esta clase de imputación ... nos lo dará la norma jurídica ... que establece como quiere obrar el Estado y bajo que condiciones obra por medio de sus órganos.”³⁶

En otras palabras, porque el último punto de imputación depende de la norma y la norma del último punto de imputación, Kelsen, al “verse rechazado a lo infinito”, tuvo necesidad “de establecer como principio algo que no trataba de probar”: la norma fundamental hipotética.

Es posible que la elaboración de esta hipótesis por Kelsen y sus discípulos Vedross y Pitamic, no tan sólo fuera acompañada por las tesis de la identidad del derecho y del estado y del estado y la concepción dinámica del sistema jurídico –debida esta última a Merkel, otro discípulo de Kelsen–³⁷ sino que éstas fueron el resultado de la elaboración de aquélla.

La norma fundamental hipotética le resolvía a Kelsen dos problemas: por un lado, le permitía satisfacer la exigencia de Kant y de Husserl de:

Unificar el conocimiento de las normas jurídicas y, por otro, conferir validez a la primera constitución, otorgando al primer legislador los poderes jurídicos que permitirían interpretar sus actos como creadores de normas jurídicas válidas.³⁸

Por lo que hace al primer aspecto, es decir, al aspecto de fundamentar la unidad teórica de las proposiciones jurídicas³⁹, la norma hipotética fundamental “se reduce a un puro formalismo y una vacua

³⁶ *Ibidem.* pp. 156, 157.

³⁷ ESQUIVEL PÉREZ, *op. cit.* pp. 68, 69, 76.

³⁸ *Ibidem*, p. 76.

³⁹ *Ibidem*, p. 57.

Para Kelsen las proposiciones jurídicas describen a las normas jurídicas de manera análoga a como las proposiciones de las ciencias naturales, leyes, describen a los fenómenos.

tautología, que expresa ... aquel mismo contenido que se halla ya en la forma de la existencia inmediata, considerada como puesta”.⁴⁰

En efecto, repite el contenido de la norma constitucional y nada añade al conocimiento del sistema jurídico que supuestamente funda. Lo cual se confirma con “su formulación completa, que según Kelsen está descrita por el enunciado siguiente: “los actos coactivos deben ser establecidos bajo condiciones y del modo como lo estatuyen la primera constitución estatal histórica y las normas creadas conforme a ella”.⁴¹

Lo cual se puede conocer y unificar, teóricamente, con sólo describir el contenido de la primera constitución y él de las normas derivadas de ella. Con esto “el conocimiento ... no ha dado un paso adelante; ... se arrastra en círculo en una diferencia de forma que este procedimiento mismo derriba y elimina”.⁴²

El fundamento, como dice Hegel, “debe tener otro contenido, distinto de lo que se intenta explicar”.⁴³ De otro modo, “lo que es realmente fundamental aparece como deducido”.⁴⁴

Por lo que se refiere a la función de la norma fundamental hipotética fundamental de fundamentar la validez de las normas de un sistema jurídico, la derivación, preferentemente, formal de la validez de las normas, es decir, la preponderancia del aspecto de “delegación” de autoridad, por sobre el aspecto de “subsunción” de contenidos,⁴⁵ lleva a la consecuencia ineludible de que:

⁴⁰ HEGEL, *Ciencia de la lógica*, op., cit. t. II, p. 97.

⁴¹ ESQUIVEL PÉREZ, *op. cit.* p. 77.

⁴² HEGEL, *Ciencia de la lógica*, op., cit. t. II, p. 99.

⁴³ *Ibidem*, p. 98.

⁴⁴ *Idem*.

⁴⁵ ESQUIVEL PÉREZ, *op. cit.* p. 132:

La determinación puede, también, incluir el contenido, pero nunca será tal que esta norma se deduzca lógicamente del contenido de la norma superior ... existiendo ... siempre una determinación discrecional por parte del órgano aplicador de la norma superior al crear la norma inferior. Lo que ocurre es que, dada esta caracterización de la relación, el aspecto básico es la determinación del proceso de creación de

En el caso de los órganos de última instancia cuya decisión no puede ser revocada, las normas individuales creadas por ellos son válidas aun cuando su “contenido no corresponda” con la norma general que se está aplicando.⁴⁶

Por lo que “La relación de fundamentación existe en todos los casos en que una norma es creada por un órgano y mientras ésta no ha sido anulada. La noción de fundamentación se amplía hasta tornarse casi inútil”.⁴⁷

Lo que aquí reaparece, realmente, es el doble fundamento del sistema jurídico el formal que:

Contiene sólo un único contenido para el fundamento y lo fundado; es esta identidad se halla su necesidad, pero, al mismo tiempo, su tautología. El fundamento real contiene un contenido diferente; pero con esto entra en juego la accidentalidad y la exterioridad de la relación fundamental.⁴⁸

La validez supuesta fundamenta a la eficacia real y la eficacia real fundamenta a la verdadera validez, con lo cual se pierde la claridad en la noción del fundamento del derecho. Y, como dice Hegel: “la confusión se acrecienta aún más, cuando unas determinaciones reflejadas y puramente hipotéticas se mezclan con las determinaciones inmediatas del fenómeno mismo”.⁴⁹

Para tratar de remediar esta situación que, por un lado, prescinde de los valores para que, al fundamentar el derecho no se justifique al poder existente⁵⁰ y, por otro lado, justifica a todo poder como jurí-

la norma inferior, ya que es condición necesaria y suficiente para fundamentar la validez.

⁴⁶ *Idem.*

⁴⁷ *Ibidem.* p. 133.

⁴⁸ HEGEL, *Ciencia de la lógica, op., cit.*, t. II, p. 104.

⁴⁹ *Ibidem.*, p. 100.

⁵⁰ CORREAS, Oscar, *El otro Kelsen*, UNAM, México, 1989, p. 42:

...los iusnaturalistas no aceptan esa discusión, puesto que lo justo ha sido previamente sustraído y colocado como absoluto. Sólo una teoría “pura” permite discutir;

dico, por no poder fundamentar al derecho.⁵¹ Kelsen recayó, nuevamente, en la mala infinitud, pues no otra cosa implica la norma básica interpretada como una ficción del “como si” *vaihingerina*.⁵²

Si la norma fundamental hipotética es, como toda norma, el sentido de un acto de voluntad,⁵³ la suposición de ésta contradice a la realidad, ya que no existe una norma tal, que sea el sentido de un acto real de voluntad,⁵⁴ porque tal voluntad tampoco existe, y si Kelsen supone una “autoridad ficticia”⁵⁵ para dar congruencia a la norma básica, nada impide suponer otra norma ficticia y a otra autoridad ficticia y, así hasta el infinito, ya que la puerta de la mala infinitud ha quedado abierta nuevamente, sobre la cual no puede fundarse nada realmente.

En su travesía circular,⁵⁶ la norma fundante kelseniana pasó del progreso infinito entre el órgano y la norma, a la hipótesis fundante que invierte la relación del fundamento (la imputación) con lo fun-

políticamente, el contenido del derecho. Precisamente porque separa la forma del contenido.

⁵¹ MARÍ, Enrique E., “Racionalidad e imaginario social en el discurso del orden”, en *Derecho y psicoanálisis*, Hachette, Buenos Aires, 1987, p. 77: “A la luz de estos, y otros trabajos, los juristas pueden verse estimulados a investigar casos históricos concretos, portadores de modalidades especiales de funcionamiento del imaginario social en relación con el discurso del orden, dentro del dispositivo del poder. Aunque quizá no dejen de calibrar como dato peculiar de la biografía del teórico del derecho de más vasto peso en el siglo, que quien dedicara toda su vida intelectual a desmontar las referencias divinas de fundamentación imaginaria del poder, haya sido el arquitecto profano del más sólido artefacto de conexión entre discurso de razón e imaginario social: la *Grundnorm*”.

⁵² ESQUIVEL PÉREZ, *op. cit.* pp. 80, 81.

⁵³ *Ibidem*, p. 46.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 81.

⁵⁵ *Idem*

⁵⁶ *Idem*:

...Kelsen había combatido la tesis de colocar una ficción como fundamento del derecho positivo; ahora, al final de su carrera acepta la ficción. El círculo se había cerrado.

dado (eficacia), y pone dos fundamentos: el formal de la hipótesis y el real de los actos de ejecución y, por último, regresa al infinito malo, pero ahora sus determinaciones:

Son hipótesis y *ficciones* deducidas por una reflexión que carece de sentido crítico. En realidad nos hallamos en una especie de *círculo encantado*, en que las determinaciones de la existencia y las determinaciones de la reflexión, el fundamento y lo fundado, los fenómenos y los *fantasmas* en asociación inseparable se confunden entre ellos y gozan de un rango igual.⁵⁷

Tal manera de fundamentar es totalmente insuficiente, por lo cual se podría afirmar, citando a Hegel, que “no se comprende porqué se trabaja tanto en dar estas explicaciones, ni porque no se busca otra cosa, o por lo menos no se dejan a un lado estas explicaciones, para atenerse a los hechos puros”.⁵⁸ Y esto último, es lo que va a intentar hacer Ross.

IV. LA NORMA DE COMPETENCIA SUPREMA SUPUESTA DE ROSS

Es bien sabido que Ross trató de desterrar de la ciencia jurídica todo dualismo, reinterpretando para ello, el concepto de norma y la noción de validez, previa de las mismas.⁵⁹ Este autor entiende a las normas jurídicas “exclusivamente como elemento integral del fenómeno jurídico, como hechos psico-físicos, expresiones que en parte reflejan y en parte crean, a su vez, actitudes reales de conducta”.⁶⁰

Por ello, para él, las normas se componen de tres elementos: a) los hechos que constituyen la creencia en la validez de las normas; b) los hechos que constituyen la coacción y c) la interrelación entre ambos.⁶¹ Los hechos de la creencia en la validez pueden ser: 1)

⁵⁷ HEGEL, *Ciencia de la lógica, op., cit.*, t. II. P. 101

⁵⁸ *Idem.*

⁵⁹ ESQUIVEL PÉREZ, *op., cit.* p. 82.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 84.

⁶¹ *Ibidem*, pp. 83, 85.

las condiciones de aplicación o de procedimiento y 2) el operador deóntico, o sea, el modo como se regula la conducta. Por su parte, los hechos de la coacción, presuponen: 1) el sujeto o tribunal y 2) la acción regulada que es la conducta de los tribunales.⁶² Por último, para completar su esquema de interpretación jurídica, Ross agrupa a los operadores deónticos en dos grupos: los de las normas de conducta: deber, libertad, facultad y no facultad; los de las normas de competencia: sujeción, inmunidad, competencia e incompetencia.⁶³

Pareciera que hasta aquí, Ross ha eliminado el dualismo entre hecho y derecho, entre norma y realidad sin necesidad de mediarlos entre sí, sino subsumiendo al derecho y a la norma en el hecho y en la realidad, negando sus diferencias cualitativas, es decir, considerando a ambas determinaciones como finitas. Porque “la finitud es la negación cualitativa empujada hasta su extremo”,⁶⁴ donde “la constitución, el límite pueden conciliarse con su otro, esto es, con la existencia”.⁶⁵ Pero “Lo finito de este modo se deja por cierto llevar... hacia lo finito” pero “por esta vía toda conciliación con su otro, esto es, con lo afirmativo, se ve impedida”.⁶⁶ Y esto es, precisamente, lo que le pasa a Ross, al tratar de sistematizar a las normas,⁶⁷ es decir, al tratar de buscar la relación que existe entre las normas de competencia entre sí, puesto que las normas de con-

⁶² *Ibidem*, pp. 90, 103.

⁶³ ROSS, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, EUDEBA, Buenos Aires, 1970, p. 155.

⁶⁴ HEGEL, *Ciencia de la lógica*, t. I, p. 166; Esquivel Pérez, *op. cit.* p. 87:

Su conclusión (de Ross) es que no se puede, sin embargo, trazar una línea tajante entre lo jurídico y lo extrajurídico.

⁶⁵ HEGEL, *Ciencia de la lógica, cit., op. t. I*, p. 166.

⁶⁶ *Ibidem*, pp. 166-167.

⁶⁷ ESQUIVEL PÉREZ, *op. cit.* p. 104:

En la medida en que Ross se acerca más al realismo empirista, la noción de sistema se esfuma gradualmente”; p. 107: “Bien pronto se ve, no obstante, que no es ajena a Ross, ni mucho menos, una perspectiva normativista. Esto resulta particularmente claro al plantearse la cuestión de las relaciones entre las normas.

ducta dependen de aquéllas: ⁶⁸ se topa de lleno con la cuestión del fundamento.

Dicho fundamento ya no puede ser lo “vivido como obligatorio” por “los órganos jurídicos”,⁶⁹ puesto que son, precisamente, las normas de competencia las que determinan la calidad jurídica de “órgano de derecho”.⁷⁰ Esto significa, como dice Hegel, que el fundamento no puede ser lo fundado⁷¹ puesto que “Lo finito (lo fundado)... consiste en tener el germen del perecer... la hora de su nacimiento es la hora de su muerte”.⁷²

Pero como, al igual que Kelsen, Ross presupone “que lo finito es incompatible e imposible de unificar con lo infinito”,⁷³ para evitar el perecer de lo finito, es decir, para mantener a lo finito “como absoluto por su propio lado”,⁷⁴ o sea para mantener la reducción de la norma a la realidad, presupone una norma de competencia suprema y una ideología correspondiente,⁷⁵ procurando, de este modo, evitar caer en el “vicio de la reflexibilidad”,⁷⁶ pero recayendo sin saberlo en la presuposición del infinito malo.⁷⁷

⁶⁸ *Ibidem*, p. 93; Ross, *op. cit.*, p. 202.

⁶⁹ ESQUIVEL PÉREZ, *op. cit.*, p. 104.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 108.

⁷¹ HEGEL, *Ciencia de lógica, op. cit.*, t. II, p. 100.

⁷² *Ibidem*, t. I, p. 166.

⁷³ *Ibidem*, p. 167.

⁷⁴ *Idem*.

⁷⁵ ESQUIVEL PÉREZ, *op. cit.*, p. 108; ROSS, *op. cit.* p. 79.

⁷⁶ *Idem*.

⁷⁷ ROSS, *op. cit.*, p. 78:

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

Y, también como en Kelsen, en Ross la concepción de la norma de competencia suprema supuesta ha tenido su evolución teórica. Primero la consideraba como una idea mágica que tienen los hombres sujetos al orden jurídico.⁷⁸ No puede expresarse en términos lógicos, es decir, racionales, él que el procedimiento de modificación de la norma de competencia suprema, la constitución, pueda modificarse mediante ese mismo procedimiento, porque, interpreta Esquivel Pérez:

si el artículo 135 se modificara mediante el procedimiento que él mismo establece ... el nuevo artículo no podría ser considerado como derivado del anterior; pues esto supondría que sigue teniendo validez y que, en consecuencia, el 135 bis puede reformarse mediante el procedimiento que lo creó.⁷⁹

Y aunque los políticos y los juristas consideran que esto es lícito, sería una consideración de tipo sociopsicológico y político, pero no lógico y, desde este punto de vista, dicho precepto no formaría parte de la constitución sino que “comprende normas presupuestas de un plano más alto”.⁸⁰

Así, con el objeto de fundamentar “racionalmente” al derecho, es decir, para no incurrir en el falso infinito ni en la reflexibilidad lógica, Ross arriba a su presupuesta norma de competencia suprema, como norma básica de un sistema jurídico:

Esta norma diría aproximadamente: “Obedeced a la autoridad instituida por el artículo 135 hasta que esta autoridad designe a un sucesor; entonces obedeced esta autoridad hasta que ella misma designe un sucesor; y así indefinidamente.”⁸¹

⁷⁸ ESQUIVEL PÉREZ, *op. cit.* p. 110; ROSS, *op. cit.*, p. 81.

Las fuerzas políticas están dominadas de hecho por ideas que no pueden ser expresadas racionalmente sino sólo en términos mágicos.

⁷⁹ ESQUIVEL PÉREZ, *op. cit.*, pp. 108, 109.

⁸⁰ ROSS, *op. cit.*, p. 80.

⁸¹ ESQUIVEL PÉREZ, *op. cit.* p. 111; ROSS, “Sobre la auto-referencia y un difícil problema de derecho constitucional” en *El concepto de validez y otros ensayos*,

Sin darse cuenta, Ross incurre, por otro lado de la línea, en el infinito malo, como lo indica la frase “y así indefinidamente”. Lo infinito malo no puede ser solamente hacia atrás sino también hacia delante. Al respecto dice Hegel:

La imagen del progreso al infinito está en la línea recta, en cuyos dos términos solamente existe y siempre sólo existe el infinito (justamente) allí dónde aquélla (línea) —a pesar de ser un existente— no existe; en cambio esta línea sale hacia este no existir suyo, vale decir, a lo indeterminado.⁸²

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

La tesis normativista, representante del racionalismo soluciona el problema (del fundamento del orden jurídico) mediante una norma básica (Kelsen) como fuente de validez; la tesis sociológica empirista ve en las costumbres reales las últimas fuentes de la realidad jurídica. Aquí, como en cuestiones anteriores, ambas posiciones se ven envueltas en antinomias y cada una de las tesis supone a la adversa, cayendo en el dualismo. Las preguntas ¿qué norma fundamental es real? y ¿qué costumbre es válida?, precipitan a cada teoría en brazos de su opositora.⁸³

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

Fontamara, México, 1991, p. 80.

⁸² HEGEL, *Ciencia de la lógica, op. cit.*, t. I, p. 190.

⁸³ ESQUIVEL PÉREZ, *op. cit.* pp. 108-109.

Cuando algo ha sido determinado como positivo, si se prosigue a partir de este fundamento, se nos convierte en negativo de inmediato, entre las manos, y viceversa lo que ha sido determinado como negativo, se convierte en positivo, de manera que el pensamiento reflexivo se enreda en estas determinaciones y se contradice a si mismo.⁸⁴

Por ello, nos urge ahora entrar de inmediato en la determinación del infinito real o verdadero para tratar, mediando a Kelsen y a Ross, de encontrar una indicación del fundamento integral del derecho.

V. LA INFINITUD REAL EN LA FUNDAMENTACIÓN DEL DERECHO

Es necesario destacar, antes que nada, que si el “tropo” de la hipótesis lleva de nuevo al infinito malo, como el mismo Ross acaba de demostrar sin quererlo, la llamada auto-referencia también conduce a él, según Jørgensen de acuerdo con el mismo Ross.⁸⁵ Sin embargo, es de la auto-referencia o reflexibilidad de donde surge el infinito verdadero.

La auto-referencia de los lógicos modernos es un refinamiento del quinto tropo de los escépticos antiguos: el de la reciprocidad o de la prueba circular. Dice Sexto Empírico, según Hegel:

Aquello que se trata de probar se razona por medio de algo que necesita, a su vez, apoyarse en otro fundamento, el cual es probado a su vez por aquello que mediante él se prueba, de modo que cada uno de los dos términos se apoya en el otro, y mutuamente.⁸⁶

Y dice Russel, según Ross: “Principio del círculo vicioso: cualquier cosa que implique el todo no debe ser (un objeto) del conjunto”.⁸⁷

⁸⁴ HEGEL, *Ciencia de la lógica*, *op. cit.*, II, p. 68.

⁸⁵ ROSS, “Sobre la auto-referencia ...”, *op. cit.*, pp. 59-60.

⁸⁶ HEGEL, *Lecciones sobre la historia de la filosofía*, *op. cit.*, t. II, p. 447.

⁸⁷ ROSS, “Sobre la auto-referencia ...”, *op. cit.*, p. 58.

De acuerdo con esto último, el todo no puede ser parte de sí mismo,⁸⁸ porque “el todo es igual a las partes, y las partes son iguales al todo”,⁸⁹ pero El todo no es igual a ellas consideradas como diferentes independientes, sino como conjunto”,⁹⁰ es decir, que el todo, en cuanto es constituido por las partes, es igual a ellas, pero, en tanto que las partes están constituidas por el todo como “momento determinado” suyo,⁹¹ constituye el fundamento de las partes, en cuanto partes. Esta variación del momento analítico al momento sintético (que es el salto de lo cuantitativo a lo cualitativo en el pensamiento)⁹² “es... el *absoluto contragolpe* suyo en sí mismo”,⁹³ mediante el cual

Como eliminarse de la finitud, esto es, de la finitud en cuanto tal y al mismo tiempo de la infinitud sólo opuesta a ella y sólo negativa, *la infinitud, es ese retorno dentro de sí*, referencia a sí mismo, ser. Puesto que en este ser se halla una negación, es un ser determinado; pero puesto que además, esta (negación) es esencialmente una negación de la negación, vale decir, la negación que se refiere a sí misma, es el ser determinado que se llama ser-por-sí.⁹⁴

⁸⁸ *Idem.*

⁸⁹ HEGEL, *Ciencia de la lógica*, T. II, p. 169.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 170.

⁹¹ *Idem.*

⁹² *Ibidem*, p. 471.

⁹³ *Ibidem*, p. 79: HEGEL, *El concepto de religión*, México, FCE, 1986, pp. 216-217:

El proceso del conocimiento, que hemos mencionado, aparece, ciertamente, en un principio como mediado, pero no de modo que el Espíritu Absoluto fuera mediado a través de otro, sino que en el resultado se supera el carácter unilateral del resultado y es él mismo aquello de donde procede; procede tan sólo de sí y es por tanto, así mismo, aquello que aparecía primeramente como su otro y como lo primero. Se niega a sí mismo, como resultado; *es en sí mismo el contragolpe consistente en presuponerse a sí mismo y superar esta presuposición en cuanto presuposición*, dado que ella es puesta en sí mediante el resultado, y ponerla como algo puesto.

⁹⁴ HEGEL, *Ciencia de la lógica*, *op. cit.*, p. 192.

Este retorno a sí mismo de lo fundado (lo finito) como “retorno al fundamento y el emerger de él hacia lo opuesto, ya no es tautología”,⁹⁵ es decir, ya no es un razonamiento circular o auto-referente, aunque “su imagen se convierte en el círculo, la línea que se ha alcanzado a sí misma, que está cerrada y toda presente, sin punto de comienzo y sin fin”,⁹⁶ como dice el propio Hegel. Esto es así, porque lo puesto, lo fundado, lo finito, el contenido, lo real, la parte a lo que se retorna ya no es el mismo del que se parte, puesto que ya está mediado por lo supuesto, lo fundamental, lo infinito, la forma, lo ideal, el todo y, por lo tanto, contiene al elemento mediador dentro de su transformación. Es decir, se ha superado como fundado o como puesto y se ha puesto como fundamento y como supuesto.⁹⁷

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

Lo que en cada uno está *supuesto* como fundamento: la efectividad en Kelsen y la normatividad en Ross, en el otro está *puesto* como fundamento: la norma hipotética fundamental en Kelsen y la nor-

⁹⁵ *Ibidem*, p. 102.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 190.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 112:

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

ma de competencia suprema en Ross. Los supuestos de cada uno, efectividad y normatividad, respectivamente, pueden eliminarse, al momento de mediar, uno por otro, los fundamentos puestos por cada uno de ellos, porque los fundamentos supuestos no son más que la expresión externa de la búsqueda, por parte del pensamiento, para encontrar a “su otro” de lo puesto por cada quién. Lo puesto como fundamento por Kelsen, la norma hipotética fundamental necesita y busca a su otro, la efectividad. Y lo puesto como fundamento por Ross, los hechos psicosociales requieren a su otro, la norma de competencia suprema que también supone como fundamento.⁹⁸

Esto resulta así, porque desde un principio, epistemológicamente hablando, se excluyó a lo opuesto de su determinación metodológica fundamental. Kelsen excluyó al ser y desarrolló solamente al deber ser, y Ross, excluyó la validez para reducirla a la facticidad. Pero como nada puede entenderse si su opuesto,⁹⁹ la negación de la oposición sólo tiene como consecuencia su no desarrollo, pero no su supresión y, así no desarrollada, la oposición reaparece cuando se llega al fundamento. El ser, como lo opuesto al deber ser es negado y no desarrollado por Kelsen, pero reaparece como supuesto no desarrollado en la norma fundamental y el deber ser como opuesto al ser es negado y no desarrollado por Ross, pero también reaparece como supuesto no desarrollado en la norma de competencia suprema.

Sin embargo, lo opuesto al deber ser y negado por Kelsen, es desarrollado por Ross y lo opuesto al ser y negado por Ross, es desa-

⁹⁸ *Ibidem*, p. 152:

... cada existencia se determina, también para la representación, como otra existencia, de modo que ya no queda ninguna existencia que se halle determinada sólo como existencia y que no exista fuera de una existencia, y por lo tanto que no sea en sí misma otra.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 152:

Cada uno (positivo y negativo) existe así en general, en *primer lugar*, en la medida en que el *otro existe*; es lo que es, por medio del otro, es decir, por medio de su propio no-ser ...

rrollado por Kelsen. Como ambos desarrollos has sido unilaterales, al no mediarse desde un principio, su mediación, en el fundamento, deberá tener como consecuencia su reformulación, pero también su conservación, es decir, su recíproca redeterminación. El fundamento de las normas jurídicas sería, de este modo, el sistema jurídico considerado como un todo, pero un todo no indiferenciado, sino constituido por la unidad del ser y del deber ser. Es decir, el método de la ciencia jurídica no deberá ser “separar para unir, sino unir para separar”.¹⁰⁰ La separación de lo jurídico y lo social para unir sólo a lo jurídico, sólo ha llevado a la separación ficticia de ambos. Si, de entrada unimos a lo jurídico y a lo social, podemos separarlos y volver a unirlos, sin necesidad de subterfugios metódicos.

Claro está operación dialéctica no es suficiente, pero sí necesaria para fundamentar al derecho, para lo cual es necesario mediar al derecho y a los hechos mediante los valores, lo cual es una operación mucho más compleja. Podría utilizarse para ello, como hipótesis, la racionalidad comunicativa de Habermas. Lo cual puede ser, ya lo está siendo, tema de otro trabajo.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ARISTÓTELES, *Metafísica*, Porrúa, México, 1980.
- BERUMEN, Arturo, *Teoría pura del derecho y materialismo histórico*, Fontamara, México, 2008.
- CORREAS, Oscar, *El otro Kelsen*, UNAM, México, 1989.
- ESQUIVEL PÉREZ, Javier, *Kelsen y Ross, formalismo y realismo en la teoría del derecho*, UNAM, México, 1980.
- GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, *Algunos aspectos de la doctrina kelseniana*, Porrúa, México, 1978.
- HEGEL, *Ciencia de la lógica*, Solar, Buenos Aires, 1982.

¹⁰⁰ BERUMEN, Arturo, *Teoría pura del derecho y materialismo histórico*, Fontamara, México, 2008, p. 32.

- _____, *El concepto de religión*, FCE, México, 1986.
- _____, *Lecciones sobre la historia de la filosofía*, T. II, FCE, México, 1985.
- KELSEN, *Problemas capitales de la teoría jurídica del estado*, Porrúa, México, 1987.
- _____, *Teoría general del derecho y del estado*, UNAM, México, 1969.
- _____, *Teoría general del estado*, Nacional, México, 1983.
- _____, *Teoría pura del derecho*, UNAM, México, 1979.
- MARÍ, Enrique E., “Racionalidad e imaginario social en el discurso del orden”, en *Derecho y psicoanálisis*, Hachette, Buenos Aires, 1987.
- MARX, *Contribución a la crítica de la economía política*, en obras escogidas de Marx y Engels, T. I, Progreso, Moscú, 1977.
- ROSS, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, EUDEBA, Buenos Aires, 1970.
- _____, Alf, “Sobre la auto-referencia y un difícil problema de derecho constitucional”, en *El concepto de validez y otros ensayos*, Fontamara, México, 1991.
- TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Sobre el sistema jurídico y su creación*, UNAM, México, 1976.