SOBRE LA TEORIA GENERAL DE LAS NORMAS

En el año 1979 —seis años después de la muerte de Kelsen— se publicó en Viena su obra póstuma que lleva por título *Teoría General de las normas*. Este trabajo que Kelsen no llegó a publicar ha sido objeto de múltiples discusiones puesto que para algunos representa la última palabra de Kelsen mientras que para otros significa una auténtica disolución de la teoriía del Derecho [1].

Ahora bien, con independencia de las especulaciones que se puedan hacer acerca del verdadero y definitivo pensamiento de Kelsen, creo que su obra póstuma introduce un conjunto de modificaciones importantes en su teoría pura del derecho. A partir del año 1960 Kelsen muestra un especial interés por el estudio de las relaciones entre la Lógica y el Derecho que le conduce a la publicación de una serie de artículos sobre el tema y a la elaboración de una teoría general de las normas. No sabemos hasta qué punto el propio Kelsen fue consciente de las consecuencias que sus nuevas tesis tienen para la teoría pura del derecho [2]. En todo caso, si nos ceñimos a la última obra de Kelsen, elementos muy importantes de la teoría pura del derecho quedan modificados hasta tal punto que Losano ha podido afirmar que la obra póstuma de Kelsen desemboca en el irracionalismo. [3]

Es indudable que la teoría pura del derecho ha tenido una significación histórica sin precedentes, pero tampoco hay que olvidar que el logicismo y formalismo kelseniano han quedado rezagados puesto que están desprovistos de toda formalización [4]. Como ha señalado Lachmayer «en relación a la metodología científica la teoría pura ha sido superada con el advenimiento de la lógica jurídica formalizada» [5] y ciertamente Kelsen no llegó a utilizar la lógica para el estudio de las normas, aunque quizás fuera consciente de su importancia en la última época de su vida [6]. Creo que Kelsen permaneció anclado en una metodología deci-

---

[1] Véanse las actas del Congreso Internacional en conmemoración del centenario del nacimiento de Kelsen organizado por el Hans Kelsen Institute de Viena en septiembre de 1981 publicado en Viena, Manz 1982. Véase también Carlo Roehrssen (ed) *Hans Kelsen nella cultura filosofica giuridica del Novecento*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1983 que recoge las actas del congreso romano sobre la obra de Kelsen.

[2] Véase sobre este punto Ota Weinberger: *Normentheorie als Grundlage der Jurisprudenz und Ethik. Eine Auseinandersetzung mit Hans Kelsen Theorie der Normen*. Berlín, Duncker and Humblot, 1981.

[3] Véase M. Losano, *La dottrina pura del diritto dal logicismo all'irrazionalismo* en Hans Kelsen *Teoria Generale delle Norme* Torino, Einaudi, 1985. En la página XXI escribe que Kelsen «inicia una progresiva revisión de las propias concepciones que culminan con la negación de la aplicabilidad de cualquier principio lógico al derecho. Esta aceptación del irracionalismo jurídico caracteriza la posición intelectual de la Teoría General de las Normas».

[4] Véase F. Lachmayer «Elementos indicativos del Ordenamiento Jurídico» en *Apreciación crítica de la teoría pura del derecho* Universidad de Valparaiso, 1982, pág. 65

[5] Ibid.

[6] Losano en el artículo citado señala que Kelsen si volviera a empezar inciaría su estudio del derecho paralelamente al estudio de la lógica.

monónica —incluso en su última época— e intentó llevarla hasta sus últimas consecuencias.

Por otra parte, el fenómeno kelseniano ha producido también su escolástica y sus apoteosis. Creo que el objeto del saber jurídico es el derecho. La ciencia del derecho adquiere legitimidad por su capacidad de aprender su objeto y no porque descienda de unas autoridades determinadas y, ciertamente, el afán de conservar el patrimonio kelseniano ha conducido a algunos a permanecer ciegos a los desarrollos de la moderna ciencia jurídica[7].

En este trabajo voy a dedicar atención a *algunas* de las principales modificaciones que la Teoría General de las Normas introduce en la teoría pura del derecho y a los efectos destructivos que puede llegar a tener en relación al proyecto kelseniano de construir una teoría autónoma sistemática y unitaria.[8] Centraré mi atención en el papel de la norma fundamental, las relaciones entre la lógica y el derecho, y el supuesto logicismo e irracionalismo de su obra póstuma.

La norma fundamental.

Como es bien conocido, la norma fundamental kelseniana es el criterio que se utiliza en el marco de la teoría pura del derecho para identificar el derecho. La norma fundamental —que es una norma presupuesta— es también el fundamento de la validez del derecho. Las críticas que ha sufrido esta norma han sido múltiples, bien conocidas y a veces exageradas[9]. En *Allgemeine Theorie der Normen* Kelsen reconoce que no puede existir una norma sin un acto de voluntad y que por tanto la norma fundamental —al carecer del acto de voluntad de una autoridad— no es una norma. Sin embargo esa no es una razón suficiente para abandonar la norma fundamental[10].

En *Reine Rechtslehre*[11] Kelsen calificó la norma fundamental de hipótesis lógico trascendental, es decir como una condición de la experiencia jurídica. Sólo si se supone la norma fundamental es posible conocer el derecho. Esta hipótesis no es verificable porque es una condición de la experiencia. Sin embargo a la hora de colocar la norma fundamental en un ordenamiento jurídico se debe acudir a la experiencia. Se debe colocar en un ordenamiento jurídico positivo que sea eficaz. En este sentido, la norma fundamental depende de la experiencia y es ésta y

---

[7] Véase el artículo citado de Lachmayer pág. 66

[8] Véase sobre este punto mi trabajo *Kelsen y la crisis de la Ciencia Jurídica. Barcelona, Ariel 1977 págs. 7 y ss.*

[9] Ibid. págs. 166 y ss. Véase J. Raz: *The Concept of a legal System.* Oxford University Press, 1970. Cap. V.

[10] Véase Hans Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen.* Wien Manz Verlag 1979 cap. LVIII en la que Kelsen señala que «no existe imperativo sin edictor, ni norma sin autoridad normativa, es decir no existe norma sin un acto de voluntad de la cual ésta es su sentido». Véase el reciente artículo de G. Parodi, *Sul concetto di Norma Giuridica nella Allgemeine Theorie der Normen di Hans Kelsen* en *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica,* 1985.

[11] Véase Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre,* Wien, F. Deuticke 1960. Título V, d.

no la norma fundamental la que permite identificar el derecho. Por tanto, la norma fundamental no es una condición de la experiencia sino que depende de la experiencia. En otras palabras, antes de colocar la norma fundamental en un ordenamiento debemos tenerlo identificado. Si no lo tenemos identificado previamente podemos equivocarnos al situarla en el ordenamiento.

La cualificación filosófica de la norma fundamental como hipótesis lógico trascendental queda sustancialmente modificada en su última obra. Kelsen reconoce que puede existir una norma que no corresponda a un acto de voluntad y también reconoce que la ciencia del derecho no puede edictar una norma. Pero eso no significa renunciar a la norma fundamental. En *Allgemeine Theorie der Normen* la norma fundamental continúa ocupando un papel importante. Lo único que cambia es su cualificación filosófica. Se reconoce que la norma fundamental no tiene carácter hipotético porque no se puede contrastar con la experiencia. En vez de una hipótesis lógico trascendental nos encontramos con una *ficción* en el sentido de la filosofía de Hans Vaihinger[12]. La norma fundamental es contradictoria con la realidad y consigo misma, —es una ficción auténtica— pero se mantiene porque tiene importantes cometidos teóricos. Kelsen no abandona la norma fundamental sino que cambia su fundamento y cualificación filosófica. Su función de fundamentación de la validez del derecho no se pone en duda. Su cualificación normativa no se pone en cuestión. El cambio de cualificación filosófica permite mantener sus funciones con un ropaje distinto.

Robert Walter —coeditor de la obra póstuma de Kelsen y uno de los principales representantes del kelsenismo austríaco— ha propuesto mantener la norma fundamental como la *aceptación de una proposición como si fuera válida*[13] para fines puramente teóricos. Sin embargo, defender la norma fundamental hoy es anacrónico porque en su obra póstuma se encuentra en ciernes una teoría del *reconocimiento* de los órganos primarios. La validez de una norma puede provenir de su concordancia con la norma superior y en última instancia de la norma fundamental. Pero Kelsen acepta que las normas individuales pueden adquirir validez por un camino distinto al de la legalidad de la edicción, por medio de la sentencia firme que adquiere la fuerza de la cosa juzgada. Y si esta tesis ya se defendió en *Reine Rechtslehre* mediante el artilugio de una norma supuesta[14] —que cabría interpretar como un supuesto implí-

---

[12] Véase Hans Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, op. cit. Cap. LIX «la norma fundamental de un ordenamiento moral o jurídico positivo ...no es una norma positiva, sino simplemente pensada, es decir una norma ficticia, es el sentido de un acto de voluntad no real sino ficticio. Como tal es una ficción auténtica o propia en el sentido de la filosofía del *como si* de Hans Vaihinger, ficción caracterizada no sólo como contradictoria con la realidad sino también contradictoria internamente» y poco más adelante afirma: «la norma fundamental... no es una hipótesis —como en algunas ocasiones la había definido yo mismo— sino una ficción que se distingue de una hipótesis por el hecho de que se debe ser consciente de que esa ficción no corresponde a la realidad».

[13] Véase R. Walter, *Su alcuni problemi di teoria del diritto alla luce della Allgemeine Theorie der Normen di Kelsen* en *Hans Kelsen nella Cultura Filosofica Giuridica del Novecento* op. cit. pág., 155.

[14] Véase sobre este punto mi trabajo citado *Kelsen y la crisis de la Ciencia Jurídica*, op. cit. págs. 166 y ss.

cito de la norma fundamental—, en *Allgemeine Theorie der Normen* Kelsen dedica mucha atención al problema y admite —aunque excepcionalmente— la posibilidad de que una sentencia judicial pueda adquirir validez por un camino distinto a la de la legalidad de la edicción[15].

Ahora bien, ¿cuál es el fundamento de las decisiones irregulares? ¿Acaso el reconocimiento de criterios de decisión no jurídicos proviene también del derecho? La respuesta de Kelsen es insatisfactoria porque se niega a indagar la génesis de la decisión, se niega a poner de manifiesto cuales son los valores que sirven para fundamentar el apartamiento del derecho legislado porque eso significaría renunciar a la pureza —aunque los reconoce para que su teoría describa el derecho positivo. En realidad Kelsen debería reconocer la relación existente entre la moral y el derecho y debería poner en entredicho su rígida distinción mantenida en la teoría pura del derecho. Debería indagar cuáles son la razones —si es que existen— que justifiquen esas decisiones e intentar construir una teoría que permitiera explicar esos casos difíciles[16]. Pero en Kelsen encontramos la callada por respuesta. Para él lo único importante es el sentido objetivo de los actos de voluntad y no los actos de voluntad. La génesis del derecho pertenece al campo de la voluntad y por tanto es ajena a la racionalidad.

En todo caso, este reconocimiento de los órganos primarios supone la destrucción de la unidad del fundamento del derecho. En Kelsen mismo se encuentran elementos que dinamitan su propia teoría.

La noción de una norma fundamental es innecesaria porque:

A.—representa una *reduplicación*. En realidad en los derechos positivos no nos encontramos con criterios unitarios de identificación del derecho sino con un conjunto de normas —que se manifiestan en documentos legislativos— que hacen referencia a la promulgación, la compe-

---

[15] Véase *Allgemeine Theorie der Normen*, op. cit. En el cap. XIV escribe Kelsen: «si se trata de un tribunal de última instancia la aplicación de una norma general hipotética al caso concreto depende de su reconocimiento por parte del juez; y este reconocimiento consiste en el hecho que el juez edicte una norma individual conforme a la norma general... la aplicación de normas jurídicas generales a casos particulares es posible sólo a través del reconocimiento...»; y en el capítulo XXVIII escribe: «El principio de la fuerza de cosa juzgada limita sustancialmente la exigencia jurídico-positiva de la legalidad material de la sentencia y la importancia de la actividad legislativa, poder que en realidad los tribunales utilizan en una medida muy pequeña». Y al final del capítulo escribe: «Lo que verdaderamente cuenta es que la norma jurídica particular sea conforme a la norma jurídica general, ... pero si no es éste el caso el órgano que dicta la norma jurídica es libre de establecer su contenido... Incluso una sentencia judicial contraria a la norma general que predetermina su contenido puede ser válida en base al principio de la fuerza de la cosa juzgada».

En el capítulo LVIII Kelsen es todavía más explícito: «La teoría del reconocimiento ... es exacta, en la medida en que la aplicación de una norma jurídica general a un caso concreto depende en realidad del reconocimiento por parte del órgano aplicador del derecho de la norma general al caso concreto». En el epígrafe 21 del mismo capítulo Kelsen matiza su posición mostrando que esta vía de adquisión de validez irregular tiene carácter excepcional, pero en todo caso en su última obra acepta la posición de la teoría del reconocimiento como una fórmula posible de adquisición de validez.

[16] Véase sobre este punto Mauro Barberis *La norma senza qualitá. Appunti su validita in Hans Kelsen en Materiali per un Storia della Cultura Giuridica* 1981 págs., 416 y ss.

tencia, procedimiento de edicción y de aprobación de las normas, etc. Estas normas de *segundo grado* ocupan el lugar más relevante en el ordenamiento jurídico. Los diversos ordenamientos jurídicos incluyen un conjunto de criterios de validez. La unificación de todos estos criterios no se consigue mediante una norma fundamental porque pueden ser independientes entre sí. Como ha puesto de manifiesto Raz: «El criterio kelseniano de identidad presupone que existe una sola norma de la cual se derivan todas las demás. La primera constitución puede tener diversas normas que pertenezcan a distintas cadenas de validez. La norma fundamental es la única norma que fundamenta cualquier cadena de validez y su unidad es esencial para el éxito del criterio de identificación del derecho».

B.—Desde el punto de vista de la descripción del discurso de los juristas, éstos en realidad no suponen ni acuden a una norma fundamental. Los problemas que los juristas se plantean frente a la Constitución son problemas de legitimidad[17]. Desde esta perspectiva la norma fundamental puede ser considerada como una norma supuesta que tiene como función la legitimación del derecho positivo como un todo.[18]

C.—La norma fundamental quizá se intente conservar por cuestiones de estética jurídica. Evidentemente es mucho más claro acudir a un criterio unitario para identificar el derecho y para unificar el sistema. Pero, la propia norma fundamental se define autocontradictoria y dota de validez al reconocimiento —incluso— de los órganos estatales cuando éstos actúan fuera del cauce de la estricta legalidad. Esa debilidad de la norma fundamental se manifiesta con fuerza en la *Teoría General de las Normas* al admitirse como procedimiento de adquisición de validez a la fuerza de la cosa juzgada irregular. La estética jurídica —en la medida en que se pueda hablar de ella— no puede servir para desnaturalizar la realidad jurídica.

En conclusión: en la teoría general de las normas se continúa manteniendo la necesidad de una norma fundamental entendida como una ficción en el sentido de la filosofía del *como si* de Hans Vaihinger; también se reconoce que las normas pueden adquirir la validez por un camino distinto al de la norma fundamental, y por tanto el fundamento de la validez es irracional y se deja fuera del análisis. La función que cumple la norma fundamental es la misma aunque cambia su calificación filosófica.

Un segundo punto interesante a discutir es *quién* presupone la norma fundamental. Kelsen ha dado distintas respuestas al problema. En su última época sostiene que los científicos del derecho presuponen la norma fundamental con el objetivo de conocer el derecho. Ahora bien en realidad los juristas no suponen la existencia de una norma fundamental. Cuando éstos se plantean el problema de por qué se debe obede-

---

[17] Véase P. Amselek, *Kelsen et les contradictions du positivisme juridique*. A. Ph. D. 1983 págs., 278 y ss.

[18] Véase J. Lenoble y F. Ost, *Droit, Mythe et Raison*. Bruselas, Facultad Universitaria de San Luis, 1980, pág. 543. En esta obra se analiza y se critica la teoría kelseniana sin tener en cuenta los nuevos desarrollos del último Kelsen. Los autores sostienen que el resultado de la teoría pura no es conocer el derecho sino asegurar su obediencia.

cer a la constitución no se preguntan por el problema de la legalidad sino por el de la legitimidad. En la práctica jurídica los juristas no tienen ninguna necesidad de acudir a la norma fundamental.

Pero ¿es necesario que el teórico del derecho suponga la norma fundamental para conocer el derecho?. Kelsen sostiene que la norma fundamental no es una norma positiva, sino una norma concebida por la inteligencia, es decir un norma indispensable para conocer el derecho creado por el pensamiento de los científicos del derecho. Pero ¿no es absurda esta síntesis de Voluntad y Pensamiento?.

Podríamos dejar abierto el interrogante y preguntarnos si el pensamiento de los juristas es una buena guía para la ciencia. Ross, en su *Lógica de las Normas* (pág. 146) escribe: «Nótese que la suposición de que la norma básica concede validez al orden fáctico es atribuída por Kelsen a lo que llama pensamiento de los juristas... supongo que pensamiento de los juristas se refiere a las ideas y creencias comúnmente mantenidas por los abogados. Sin embargo, el pensamiento de los juristas no es una guía de confianza para el análisis lógico. Puede ocurrir, y ello es muy probable, que la manera común de pensar esté saturada de concepciones ideológicas que reflejen experiencias emocionales, pero que carezcan de función alguna en la descripción de la realidad, que es la tarea de la ciencia jurídica». La crítica de Ross es interesante porque pone de manifiesto el carácter constitutivo que realmente tiene en Kelsen la ciencia del derecho. La unidad del derecho sólo puede aparecer a través de la ciencia jurídica y eso conduce a un argumento *circular* que podríamos resumir citando al propio Kelsen: «Una norma individual es una norma válida si corresponde al concepto de derecho y es parte de este ordenamiento; y ella es parte del ordenamiento si su validez se fundamenta en la norma fundamental». (*Reine Rechtslhere* 1960). Raz ha puesto de manifiesto que el proceso de suponer la norma fundamental sólo puede realizarse un vez se ha identificado el sistema y no antes. Cuando realmente se sabe qué normas pertenecen al sistema jurídico entonces, y sólo entonces, es posible descubrir el contenido de la norma fundamental. Pero, si eso es cierto, la norma fundamental ya no fundamenta el sistema ni sirve tampoco para identificarlo. Raz sostiene que la estructura y la sistematización del derecho, su unidad, permanecen intactas aunque se elimine la norma fundamental. De ahí concluye que esta norma fundamental kelseniana es superflua.

La crítica de Raz conduce a otro punto interesante. ¿Para qué sirve la norma fundamental? Según Kelsen la norma fundamental permite fundamentar la validez del derecho y también presentar el ordenamiento jurídico como un sistema unitario. Sin embargo, Kelsen insiste en el carácter hipotético y condicional de la norma fundamental y reiteradamente ha manifestado su tesis de que no es una norma positiva. La norma fundamental constituye el *criterio de identificación* del derecho. Kelsen tomando el ejemplo de San Agustín —de la distinción entre una norma jurídica y una orden antijurídica de una banda de ladrones— sostiene que la norma fundamental es la que permite distinguir lo jurídico de lo no jurídico. La respuesta que ofrece Kelsen es tautológica. Debemos obedecer la norma jurídica porque suponemos una norma fundamental que la justifica, en cambio no debemos obedecer a la banda de ladrones por-

que no suponemos la norma fundamental. En otras palabras, debemos obedecer el derecho porque suponemos que debemos obedecer el derecho. De ahí se puede inferir la esterilidad de la norma fundamental para resolver este problema —como ha sostenido Soper.[19]

Este pseudoargumento es inaceptable porque no ofrece respuesta a la cuestión que se plantea. Pero además pretende ofrecer una respuesta que no es asunto de Teoría del Derecho sino de Ciencia de la Legislación, de Política Jurídica. La cuestión *por qué se debe obedecer al derecho* la contesta Kelsen mediante un supuesto que justifica cualquier derecho efectivo. Incluso un ordenamiento creado por una banda de ladrones se convierte en válido si consigue ser efectivo. Es cierto que Kelsen no ha justificado ningún poder determinado, pero su teoría legitima cualquier poder efectivo y, en ese sentido, la norma fundamental tiene una función política legitimadora de carácter marcadamente conservador. Precisamente por esta razón se le ha considerado cuasipositivista y heredero del iusnaturalismo. La teoría pura del derecho se plantea el problema de la fundamentación del derecho y —a imagen y semejanza de las doctrinas iusnaturalistas— asocia el derecho válido con el derecho obligatorio. La norma fundamental dota de validez y fundamenta —a la vez— la obligación de obedecer al derecho. El gran fracaso del positivismo kelseniano —como ha señalado Amselek— no reside en el hecho de no saber contestar a la pregunta de por qué se debe obedecer el derecho sino en plantearse todavía este problema sin distinguir claramente que una cosa es lo que es el derecho y otra cosa muy distinta es por qué se debe obedecer el derecho o cómo debe ser el derecho.

Es muy probable que la distinción austiniana entre ciencia de la legislación y jurisprudencia —una de las bases del positivismo jurídico— no se pueda mantener con claridad como ha sugerido la moderna filosofía jurídica norteamericana[20]. En todo caso, en Kelsen, no se mantiene.

La norma fundamental *sirve* —según Kelsen— para dotar de unidad al sistema, para identificar mediante un criterio unitario el ordenamiento jurídico y para justificar la obediencia al derecho. En realidad, la *función* de la norma fundamental no es la de identificar el sistema —porque debemos colocarla en un ordenamiento jurídico previamente identificado—, pero tampoco dota de unidad al sistema —porque existen procedimientos de adquisición de validez distintos y contradictorios con la norma fundamental—. Por último, la norma fundamental tiene la función de justificar la obediencia al derecho convirtiendo el derecho válido en derecho obligatorio mediante una tautología: se debe obedecer al derecho porque suponemos que se debe obedecer al derecho. Este conjunto de argumentos son suficientes para sugerir la esterilidad de la noción —propuesta por Kelsen— de forma fundamental.

---

[19] Véase Ph. Soper, *A theory of Law*. Harvard University Press, 1984 págs. 26 y ss. Véase J. Raz: *The Concept of a Legal System*. Oxford University Press, 1970. cap. V.

[20] Sobre este punto véase R. Dworkin, *Los Derechos en serio*. Barcelona, Ariel 1984. Véase también Ph. Soper. op. cit. pags. 1 y ss.

Lógica y Derecho.

Georges Kalinowski[21] —en un artículo previo a la publicación de la *Teoría General de las Normas*— sostuvo que Kelsen no comprendía la Lógica Moderna. A pesar de ello, la teoría pura del derecho se ha considerado —hasta en épocas recientes— como el máximo exponente del logicismo jurídico e incluso se la llegó a comparar con la Geometría.

Hasta la publicación de *Reine Rechstlehre* —1960— Kelsen sostuvo que la lógica no era aplicable directamente a las normas jurídicas porque éstas pertenecían al lenguaje prescriptivo. Kelsen partió del presupuesto —aceptado por la doctrina tradicional— de que la Lógica sólo puede ser aplicada a las proposiciones que son suceptibles de verdad y falsedad. El principio de contradicción y el principio de inerencia —sin embargo— podían ser aplicados *indirectamente* a las normas jurídicas a través de las proposiciones jurídicas[22]. Las proposiciones jurídicas describen normas jurídicas y son susceptibles de ser verdaderas o falsas y por tanto es posible aplicar los principios de la lógica no a las normas sino a las proposiciones jurídicas. Kelsen sostuvo la aplicación de la Lógica mediante la vía indirecta de las proposiciones jurídicas y se adhirió a la doctrina de la analogía entre la verdad y la validez. Hasta épocas muy tardías sostuvo el logicismo jurídico. Un logicismo que cabría interpretar como la imposición de una determinada concepción de la ciencia al objeto y la necesaria depuración del objeto de toda contradición. Como ha afirmado Amselek, Kelsen ha mantenido durante mucho tiempo la extraña tesis según la cual las normas jurídicas están sometidas al principio de no contradición y que no pueden ser tomadas en cuenta por la ciencia del derecho si son contradictorias. De ahí se infiere que Kelsen no da cuenta de todo el derecho sino de una parcela —el derecho no contradictorio[23]—.

Kelsen parte del presupuesto de que es la ciencia quien crea el objeto y sostiene que la ciencia no puede admitir la contradicción, que la lógica es el organon de la ciencia. Pero las proposiciones jurídicas —mediante las cuales se expresa la ciencia del Derecho— pueden ser contradictorias si describen normas contradictorias. Para evitar que las proposiciones jurídicas trasladen las contradiciones de las normas jurídicas a la ciencia del derecho afirma que no es posible la existencia de conflic-

---

[21] Véase G. Kalinowski, «Une mise en question de la logique des normes», *A. ph. D.* 1980

[22] Véase H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 1960, título V, e: «Una norma no es ni verdadera ni falsa, una norma es válida o inválida. Lo que puede ser verdadero o falso son las aserciones que describen el orden normativo... por esta vía los principios lógicos... pueden ser aplicados directamente a las proposiciones jurídicas y en consecuencia —indirectamente a las normas jurídicas». Véase sobre este punto H. Hart, *Helsen's doctrine of the Unitity of Law* en H. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford University Press, 1983 pág. 330 y ss.

[24] Esta tesis se había sostenido en artículos previos a la publicaión de la Teoría General de las Normas. Véase por ejemplo los artículos de H. Kelsen: *Derogation, Rech und Logik*. Véase el capítulo I de *Allgeneime Theorie der Normen* en el que Kelsen dedica su atención a la falta de analogía entre la verdad de una aserción y la aplicación de la lógica a las normas.

tos de normas. En resumen, la actividad creadora del científico es tan importante que despoja al derecho de toda contradicción.

En su *Teoría General de las Normas* modifica sustancialmente su tesis. La Lógica no es aplicable a las normas jurídicas ni directa ni indirectamente. Tampoco existe ninguna analogía entre la verdad de una proposición y la validez de la norma que describe[24]. La ciencia del derecho tiene como función describrir y no prescribir. En realidad, en el derecho se pueden encontrar contradicciones de normas que la ciencia del derecho no puede evitar. La ciencia del derecho no puede modificar el derecho ni despojarle de las contradicciones. El hecho de que la Lógica no sea aplicable a las normas contradictorias pueden pertenecer al mismo sistema jurídico y, por tanto, la sistematicidad no es una propiedad *esencial* de los ordenamientos jurídicos positivos.

Es indudable que ésta constituye una importante modificación de las tesis kelsenianas puesto que su proyecto principal había sido construir una teoría autónoma, sistemática y unitaria del derecho. Y no hay que olvidar que la ausencia de antinomias y de lagunas era importante para mantener la coherencia de la teoría.

Las nuevas tesis de Kelsen se desarrollan a partir de la publicación de *Derogation* en el año 1962 y de un conjunto de artículos sobre Lógica y Derecho en la década de los sesenta. Antes de su muerte y de la publicación de su obra póstuma cabía sostener una última evolución del pensamiento kelseniano. Sin lugar a dudas esta última evolución no es fruto de un momentáneo desaliento —como me ha criticado Squella— sino de un trabajo concienzudo que se desarrolla a lo largo del tiempo y que culmina con la publicación de su obra póstuma[25]. Otra cosa muy distinta es discutir si el verdadero Kelsen es el póstumo o el de 1960 *(Reine Rechtslehre)* o, en otras palabras, si lo publicado posteriormente invalida lo publicado anteriormente. A mí me parece que no necesariamente lo posterior es siempre lo mejor y que muchas obras de senectud pueden ser inferiores a obras de juventud y viceversa.

En la *Teoría General de las Normas* no sólo se admite que existen conflictos entre normas sino que se sostiene que *sólo* se pueden resolver mediante la edicción de nuevas normas o mediante actos de autoridad[26]. La Ciencia y la Lógica no pueden resolver los conflictos normativos. Es-

---

[25] En mi trabajo citado *Kelsen y la crisis de la Ciencia Jurídica* —anterior a la publicación de la teoría general de las normas— sostuve que el último kelsen introducía modificaciones importantes en la teoria pura del derecho. Squella sostuvo en *Mercurio*, Marzo 1979, que este cambio de rumbo era más fruto del desaliento que de una reflexión en profundidad. En realidad la teoría general de las normas viene a darme la razón en este punto. Es cierto que es una obra inacabada por el autor, pero no es menos cierto que constituye una obra de grandes proporciones y que no puede ser el fruto de un desánimo ocasional.

[26] Véase el capítulo LVII de *Allgemeine Theorie der Normen* op. cit.: «La interpretación de normas jurídicas es conocimiento del derecho y el conocimiento jurídico no puede producir normas jurídicas, es decir ponerlas en vigor ni puede tampoco abolir la validez de una norma positiva. Lo único que puede hacer el órgano encargado de aplicar el derecho es... decidir mediante un acto de voluntad...»

[27] Véase el Cap. L de Allgemeine en el que se plantea el problema de si los principios lógicos son aplicables a las normas de la moral y el derecho. Como ya se ha dicho la tesis de Kelsen es negativa —ni directa ni indirectamente—.

tos se resuelven acudiendo al derecho positivo o mediante decisiones de la autoridad. En ningún caso se puede considerar que el principio *lex posterior* sea un principio lógico; o es una norma de derecho positivo o es una norma supuesta. El jurista científico del derecho debe describir su objeto: las normas. Si se encuentra con contradicciones no las puede resolver sino simplemente las debe poner de manifiesto. Los conflictos de normas no conducen a juicios lógicos contradictorios de la ciencia del derecho ni ponen en entredicho la ciencia del derecho. En todo caso, el jurista describe las imperfecciones del Derecho pero no lo puede modificar [27].

Indudablemente este es un cambio sustancial. La ciencia del derecho es una ciencia descriptiva que no puede modificar su objeto. La ciencia del derecho no puede despojar a su objeto de sus imperfecciones. El logicismo kelseniano ya no es el instrumento mediante el cual el científico del derecho se convierte en edictor de normas y de criterios de interpretación. Pero la renuncia al logicismo tiene efectos destructores importantes en la teoría pura del derecho.

Kelsen —en *Reine Rechtslhre*— partió del presupuesto de que las reglas de la lógica sólo se pueden aplicar a enunciados verdaderos o falsos, por tanto no son aplicables a las normas jurídicas porque éstas no son verdaderas o falsas [28]. Para lograr la unidad del sistema —para elevar la jurisprudencia a ciencia— Kelsen acudió a la técnica de la representación indirecta. El único modo de presentar el derecho como un sistema unificado es construir un conjunto de proposiciones jurídicas que pueden ser verdaderas y falsas —y por tanto a las que se puede aplicar la lógica— y presentarlas como un sistema lógico. Una vez se ha realizado esta labor, el segundo paso es mostrar que tanto las normas jurídicas como las proposiciones jurídicas tienen un conjunto de conexiones tales que responden al mismo orden lógico. La estructuración lógica de las proposiciones jurídicas es análoga a la estructuración lógica de las normas. La vía de representación indirecta permite aplicar la lógica de las aserciones a las prescripciones y presentar el derecho como un conjunto coherente. La vía de representación indirecta exige construir un conjunto de proposiciones no normativas y luego usar su estructura para presentar la estructura de las normas. Con independencia de las críticas y los dilemas a los que conduce esta representación indirecta —de la cual se han ocupado con prolijidad sus críticos— es indudable que el abandono de la tesis de la analogía entre la verdad y la validez, y de la no aplicación de la lógica a las normas jurídicas produce la disolución del esquema de representación indirecto utilizado por Kelsen en *Reine Rechtslehre*. Si se establece una rígida distinción entre verdad y validez, si las vías indirectas no son aplicables, entonces el programa logicista de la teoría pura del derecho se pierde por completo [29].

---

[28] Para la crítica de este punto véase Kalisnwski op. cit; véase también su *Querelle de la sciene normative* Paris L.D.G.J. 1969

[29] Sobre este punto véase R. Moore, *Legal Norms and Legal Science*, Hawaii University Press, 1978, págs. 66 y ss.

[30] El capítulo LXI de *Allgemeine* está dedicado al tema de la existencia de una lógica jurídica y Kelsen niega su posibilidad.

El abandono de la Lógica —y su posible aplicación a las normas jurídicas— se ha interpretado por Losano como una apelación al irracionalismo. Otros autores, como Kalinwski, han rebatido la tesis kelseniana de la imposibilidad de la utilización de la lógica en el campo normativo poniendo de manifiesto que existe un lógica deóntica con un importante desarrollo. Pero Kelsen rechaza no sólo la aplicación de la Lógica a las normas sino que también sostiene —en este caso con Kalinowski— que no existe una lógica jurídica sino una aplicación de los principios de la lógica formal a las ciencias.

Kelsen afirma —siguiendo la tesis de Klug— que no existe una lógica específicamente jurídica porque ni el razonamiento analógico ni el argumento *a maiore ad minus* son razonamientos lógicos. Según Kelsen «la validez de una norma individual no es un producto de la lógica sino de un acto de voluntad... Este acto de voluntad no se puede producir mediante un proceso lógico» y acude al argumento de la autoridad de Carnap y Mach para mostrar que el razonamiento analógico no es un razonamiento lógico. Kelsen concluye su voluminosa obra *Teoría General de las Normas* con las siguientes palabras: «No se puede hablar específicamente de una lógica jurídica. Es la lógica general la que se debe aplicar tanto a las proposiciones descriptivas de las ciencias jurídicas cuanto a las normas prescriptivas del derecho en la medida en que la lógica les sea aplicable» [30]. Esta cita manifiesta la posición de Kelsen en relación a las lógicas con adjetivos —como la de Perelman por ejemplo—, pero muestra —también— una profunda inseguridad en relación a la tesis general sostenida en su libro de la inaplicabilidad de la lógica a las normas. Pues si bien es cierto que en el texto explícitamente se refiere en múltiples ocasiones a la inaplicabilidad de la Lógica a las normas, en este último párrafo hace referencia a las normas prescriptivas del derecho y alude a la posibilidad de la aplicación de las reglas de la lógica incluso a las normas jurídicas.

En síntesis: Kelsen en su *Teoría General de las Normas* considera que la técnica de presentación indirecta utilizada en la teoría pura del derecho es inadecuada porque la Lógica no se puede aplicar a las normas ni directa ni indirectamente. Esta tesis supone lanzar por la borda tanto el programa de la teoría pura del derecho como su forma de presentación.

El logicismo en la teoría pura del derecho.

Puede parecer paradójico que por una parte se afirme explicitamente que la teoría pura del derecho es una forma sublimada del logicismo jurídico y por otra parte se constate el desconocimiento de Kelsen de los

[31] Véase P. Amselek, *Méthode phénoménologique et Théorie du Droit*, Paris, L.G.D.J. 1964 págs. 181, y ss. Véase del mismo autor *Les fondaments ontologiques de la théorie juridique. A. Ph. D.* 1984 pág. 204 en la que escribe: «El logicismo es otra forma de alteración de la estructura del derecho... Kelsen ilustra esta tendencia; es ella quien le ha conducido durante mucho tiempo a la defensa de la tesis de que las normas jurídicas están sometidas al principio de no contradicción y que sólo podían ser tenidas en cuenta por la ciencia del derecho si no se contradicen».

desarrollos de la lógica moderna y la ausencia de formalización [31].

Si por logicismo entendemos la utilización de la lógica formal para la construcción de la ciencia jurídica, ciertamente la teoría pura no puede ser considerada como tal. Sin embargo, por logicismo se puede entender otra cosa: la asunción de un modo de pensar influenciado por los postulados del iluminismo y la confianza en el racionalismo desde el punto de vista epistemológico y, por otra parte, en la creencia en que las conquistas políticas de la revolución francesa de 1789 son inalienables [32].

Con frecuencia se ha señalado que la impronta de Kant se manifiesta en el pensamiento kelseniano. Es bien conocido que la influencia de Kant está mediatizada por la escuela marburgiana —a pesar de la opinión de Ortega en contra— y que Kelsen trató de aplicar la Crítica de la Razón Pura al conocimiento del Derecho. También es evidente que no aceptó los planteamiento de la Crítica de la Razón Práctica viciada de iusnaturalismo.

Kant, en el prólogo de la Crítica de la Razón Pura, muestra su insatisfacción ante el desarrollo de la Metafísica y escribe: «Ahora, despues de haber ensayado en vano todos los caminos —según se cree— reina el hastío y un completo indiferentismo, madre del Caos y de la Noche en las ciencias»... «esa indiferencia empero, que se produce en medio de la prosperidad de todas las ciencias y que ataca precisamente aquélla, a cuyos conocimientos —si pudieramos adquirirlos— renunciaríamos menos fácilmente que a ningunos otros es un fenómeno que merece atención y reflexión. Es evidente el efecto no de ligereza, sino del Juicio maduro de la época, que no se deja seducir por un saber aparente; es una intimación a la razón, para que emprenda de nuevo la más difícil de sus tareas, la del propio conocimiento, y establezca un tribunal que la asegure en sus pretensiones legítimas y que en cambio acabe con todas las arrogancias infundadas y no por medio de afirmaciones arbitrarias, sino según sus eternas e inmutables leyes. Este tribunal no es otro que la Crítica de la razón pura misma» [33].

Kelsen también muestra una profunda insatisfacción ante los desarrollos de la ciencia jurídica e intenta elevar la jurisprudencia a la categoría de Ciencia. La respuesta a este reto será la teoría pura del derecho [34].

Kant es el artícife de la revolución copernicana trasladando la problemática epistemológica del objeto al sujeto. No es el objeto el que de-

---

[31] Véase P. Amselek, *Méthode phénoménologique et Théorie du Droit*, París, L.G.D.J. 1964 págs. 181, y ss. Véase del mismo autor *Les fondaments ontologiques de la théorie juridique. A. Ph. D.* 1984 pág. 204 en la que escribe: «El logicismo es otra forma de alteración de la estructura del derecho... Kelsen ilustra esta tendencia; es ella quien le ha conducido durante mucho tiempo a la defensa de la tesis de que las normas jurídicas están sometidas al principio de no contradicción y que sólo podían ser tenidas en cuenta por la ciencia del derecho si no se contradicen».

[32] Véase W. Luthard *Aspetti teorico-politici nella opere di Hans Kelsen en Materiali per una Storia della Cultura Giuridica* 1984, pág. 369.

[33] Véase Kant *Crítica de la Razón Pura*, Madrid, Victoriano Suárez, 1928, pág. 5 y ss.

[34] Véase Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 1960, op. cit., título I.

termina la cientificidad sino que es el sujeto quien determina el objeto de su análisis. Sin una previa red conceptual que seleccione el objeto no es posible plantear ningún problema. Escribe Kant: «Cuando Galileo hizo rodar por el plano inclinado las bolas cuyo peso había él mismo determinado; cuando Torricelli hizo soportar al aire un peso que de antemano había pensado igual al de una determinada columna de agua; cuando más tarde Sthal transformó metales en cal y ésta a su vez en metal... entonces percibieron los físicos una luz nueva. Comprendieron que la razón no conoce más que lo que ella misma produce según su bosquejo; que debe adelantarse con principios de sus juicios, según leyes constantes y obligar a la naturaleza a contestar a sus preguntas, no empero dejarse conducir como con andadores... la razón debe acudir a la naturaleza llevando en una mano sus principios, según los cuales tan sólo los fenómenos concordantes pueden tener el valor de leyes, y en la otra el experimento, pensado según aquellos principios; así conseguirá ser instruída por la naturaleza, mas no en calidad de discípulo que escucha todo lo que el maestro quiere, sino en la de juez autorizado, que obliga a los testigos a contestar a las preguntas que les hace»[35]. Uno de los grandes méritos de Kant ha sido poner de manifiesto la tarea activa del investigador. La cosa en sí es incognoscible si no existe la previa tarea ordenadora de la razón.

En Kelsen también se encuentra ese principio kantiano. La teoría pura del derecho es una construcción racional que permite ordenar el caos de sensaciones. Sólo es posible conocer el derecho si existe una previa delimitación del objeto. En la segunda edición de *Reine Rechtslehre* escribe: «La ciencia del derecho en tanto conocimiento del derecho tiene —como todo conocimiento— un carácter constitutivo y ella crea su objeto en tanto lo comprende como un todo inteligible... los materiales dados a la ciencia del derecho sólo llegan a convertirse en un sistema unitario exento de contradiciones —en otras palabras en un orden jurídico— gracias al trabajo cognoscitivo que efectúa la ciencia del derecho»[36]. Pero Kelsen concibe la relación entre la teoría y el objeto de una manera un tanto rígida. Se parte del presupuesto de que la teoría debe reunir un conjunto de propiedades que toda ciencia debe reunir. Pero, imperceptiblemente, esas propiedades pasan de la teoría al objeto de tal manera que la consistencia, la completud y la unidad de la ciencia se trasladan al objeto de estudio. El sujeto del conocimiento impone al objeto su modo de ser y exige que el derecho sea consistente, completo y unitario.

Se ha hablado de *logicismo* en la teoría pura del derecho no porque en ella se utilizara la formalización sino porque exige que el derecho tenga las mismas propiedades que la teoría le impone. Kelsen tiene como modelo las ciencias exactas y considera que una verdadera ciencia del derecho debe presentar su objeto de una forma unitaria que excluya las contradicciones. El ideal científico que defiende Kelsen es un saber exacto, objetivo, racionalista y basado en datos empíricos. Desde la perspectiva logicista el trabajo científico consiste en ordenar en un sistema uni-

[35] Véase Kant, op. cit., págs. 26 y ss.

[36] Véase H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 1960, 16.

tario el conjunto de materiales empíricos —un conjunto de normas individuales y generales en el caso de la ciencia del derecho. El carácter científico de una teoría se mide por la capacidad de introducir unidad en la diversidad, unidad exenta de contradiciones, y esta ausencia de contradicciones es la escala de valoración de la propia teoría. Si una teoría tiene contradicciones quiere decir que no es una teoría verdadera. Pero, si bien es cierto que las proposiciones jurídicas no pueden ser contradictorias, no es admisible la tesis kelseniana según la cual las normas jurídicas tampoco deben contradecirse porque producirían contradicciones en las proposiciones normativas. Kelsen confunde el campo de la ciencia del derecho con el derecho y exige al derecho que sea de una forma determinada para que la ciencia del derecho carezca de contradicciones. Con ello se opera una *desnaturalización* del objeto[37]. La única actitud científica —si existen contradicciones en el ordenamiento jurídico— es ponerlas de manifiesto y describirlas fielmente. La ciencia es necesaria para delimitar el objeto pero no para imponer al objeto *cómo debe ser.* Como ha escrito Miaille «el formalismo kelseniano muestra el sistema jurídico como una totalidad coherente, homogénea y en el límite sin fallas. Deja fuera del análisis... lo más importante de la vida del derecho... la legislación de una sociedad como la francesa es contradictoria, en la medida de las contradicciones sociales de la que es reflejo, y el formalismo es un esfuerzo para dotar de coherencia a un sistema que cada vez está más minado por las contradicciones internas[38].

Precisamente se puede hablar de desnaturalización del objeto porque Kelsen no describe fielmente el derecho positivo, sino que en realidad produce una reformulacion y una reconstrucción en función de sus propias premisas teóricas.

El kantismo es un buen auxilio para esta operación logicista. La Crítica de la Razón Pura sirve de fundamento filosófico para la ilustración del logicismo. La Ciencia Jurídica si quiere ser una verdadera ciencia debe ser autónoma, sistemática y unitaria. Sin una previa red conceptual es imposible plantearse problemas. Pero la construcción teórica y su red conceptual actúan —en Kelsen— como un corsé que imponen al derecho unas propiedades trasladadas de la teoría al objeto. Ese predominio de los ideales lógicos sobre la descripción fiel del objeto constituye la base de logicismo kelseniano. Sin embargo, como hemos visto, el último Kelsen abjura del logicismo e irrumpe en el campo que Losano —con cierta exageración— ha denominado irracionalista. El juicio de Losano es exagerado porque no se puede identificar el ideal de una determinada concepción de la racionalidad con la verdadera racionalidad. Aunque, desde un punto de vista interno a la teoría kelseniana —que mantiene una concepción de la racionalidad muy rígida y estricta— sí que es posible mantener la tesis de Losano. Pero creo que en este punto es precisamente en donde las tesis kelsenianas han quedado más rezagadas y con los ojos de hoy su *Teoría General de las Normas* no aparece como irracionalista sino más bien como un intento de abandonar el vicio logicista

[37] Véase la obra citada de Lenoble y Ost págs. 497 y ss.

[38] Véase *Une Introduction Critique au Droit.* Paris, Maspero, 1976 págs. 370 y s.

y no confundir la ciencia con el objeto ni exigir que el objeto tenga unas propiedades determinadas para que la ciencia también las tenga.

En la última etapa del pensamiento kelseniano la dicotomía entre descripción e ideal logicista se resuelve en favor de las descripción aunque para ello tenga que renunciar a tesis que el propio Kelsen ha mantenido durante mucho tiempo.

Es cierto que la teoría pura del derecho ha sido reconstruida y reelaborada por el propio Kelsen durante varios decenios. Pero los cambios que ha sufrido —como ha señalado Weinberger— responden a un desarrollo natural de sus primeras obras[39]. Sin embargo, creo que en la *Teoría General de las Normas* la renuncia a tesis fundamentales introducen cambios sustanciales en la Teoría pura del derecho. El camino del logicismo queda cerrado por el propio Kelsen sin que ello signifique que sea imposible la utilización de la Lógica en el conocimiento jurídico. En todo caso, lo que queda claro es que la teoría pura del derecho está al margen de cualquier formalización y que en este sentido es una teoría prelógica.

Kelsen en su *Teoría General de las Normas* rompe con el ideal logicista que había mantenido inalterado desde las primeras versiones de la teoría pura del derecho. En el capítulo L escribe: «... Entre las ciencias jurídicas y morales y su objeto parece existir la misma relación que entre las ciencias naturales y su objeto: la realidad de la naturaleza. Los dos principios lógicos son aplicables a la ciencia, es decir al conocimiento, pero no a su objeto. En el ámbito de la realidad natural no es posible una contradicción lógica y la existencia de un hecho real no deriva lógicamente de la existencia de otro hecho, del mismo modo entre dos normas no puede existir una contradicción lógica y de la validez de una norma no se puede derivar lógicamente la validez de otra norma». Sin lugar a dudas Kelsen reconoce que las propiedades de la ciencia del derecho —las que debe tener para ser verdadera ciencia— no tienen por qué coincidir con las propiedades que tiene el objeto. Ese reconocimiento explícito significa el fin del logicismo ilustrado que Kelsen ha mantenido y abre nuevas vías de reflexión y análisis que la teoría jurídica contemporánea ha desarrollado desde diversas perspectivas.

El irracionalismo kelseniano.

La obra político-jurídica de Kelsen ha sido calificada de irracionalista. En *¿Qué es Justicia?* Kelsen se muestra partidario del relativismo axiológico y sostiene explícitamente que la Justicia es un ideal irracional. Escribe Kelsen: «Si algo podemos aprender de las experiencias intelectuales del pasado, es que la razón humana sólo puede acceder a valores relativos. Y ello significa que no puede emitirse un juicio sobre algo que parece justo con la pretensión de excluir la posibilidad de un juicio de valor contrario. La justicia absoluta es un ideal irracional o, dicho en otras palabras, una ilusión, una de las ilusiones eternas del hombre». Pero poco más adelante Kelsen rechaza la acusación de amoralidad y es-

[39] Véase O. Wienberger, *Introduction: Hans Kelsen as Philosopher* en Hans Kelsen, *Essays in Legal and Moral Philosophy*, Boston, Dordrecht, 1973, pág. X.

cribe: «El punto de vista según el cual los principios morales constituyen valores relativos no significa que no sean valores. Significa que no existe un único sistema moral, sino varios, y hay que escoger entre ellos». Por último Kelsen sostiene una concepción de la justicia determinada: «La justicia, para mí se da en aquel orden social bajo cuya protección puede progresar la búsqueda de la verdad, *Mi* justicia, en definitiva, es la de la libertad, la de la paz; la justicia de la democracia, de la tolerancia»[40].

La concepción irracionalista kelseniana de la justicia ofrece algunos problemas. Por una parte, sostener la racionalidad de la tolerancia no es una consecuencia lógica de la asunción relativista puesto que en base a los mismos presupuestos se puede defender la intolerancia. Kelsen da un salto al defender los ideales de la tolerancia. De la tesis de que ningún juicio de justicia excluye la posibilidad de un juicio análogo pero de contenido opuesto, Kelsen deduce que debemos tolerar las concepciones opuestas de los demás. Pero esa deducción es un juicio de justicia y por lo tanto también es un juicio relativo. Pero, si se acepta esta tesis entonces carece de sentido la defensa del moralismo de la posición relativista y por tanto puede ser calificado de inmoral y escéptico —cosa que el propio Kelsen rechaza[41].

Quizá el argumento principal para defender su posición haga referencia a las consecuencias prácticas de la adopción del principio de tolerancia. El subjetivismo ético ha aludido en muchas ocasiones a este tipo de justificación. Como ha señalado Garzón Valdés: «Justamente porque hay divergentes opiniones acerca de lo bueno, diferentes tipos de vida que la gente prefiere, una buena forma de sociedad tiene que ser de alguna manera liberal, debe dejar abiertas las vías para la ralización de las diferentes preferencias... El subjetivismo relativista admite que los conflictos son inevitables y que es mejor aceptarlos a pretender eliminarlos radicalmente... la democracia y la ciencia promueven, por definición, la aparición de situaciones alternativas. Y para la solución de los conflictos un sistema moral en sentido estrecho de *side constraints* como el propuesto por el subjetivismo y el relativismo no parece ser una mala vía»[42]. Sin embargo, estas tesis deberían superar el obstáculo planteado por Hume según el cual no hay peor argumento para demostrar la falsedad de una teoría científica que alegar sus consecuencias perniciosas[43].

En todo caso, el racionalismo ilustrado defendido por Kelsen se encuentra en una situación de *encerrona* en el tema valorativo. La razón no puede fundamentar el relativismo porque también puede fundamen-

---

[40] Véase H. Kelsen *¿Qué es Justicia?*, Barcelona, Ariel, 1982, págs. 58 y ss.

[41] Véase sobre este punto el trabajo de C. Nino, *Etica y Derecho Humanos*, Buenos Aires, Paidos, 1984, págs. 54 y ss.

[42] La cita proviene de un texto de una conferencia leída en la Universidad Autónoma de Barcelona en marzo de 1981 bajo el título «El subjetivismo moral en el mundo contemporáneo».

[43] D. Hume, *Investigació sobre l'enteniment humà*, Barcelona, Laia, 1982, pág. 133 (edición de Victoria Camps).

tar la intolerancia, pero el espíritu científico e ilustrado sólo puede florecer si existe tolerancia y libertad de expresión. De esa encerrona es difícil salirse.

Este irracionalismo contrasta con el racionalismo de su construcción de la teoría pura del derecho. La renuncia al logicismo parece que conduce a Kelsen hacia el irracionalismo no sólo desde el punto de vista axiológico sino también desde el punto de vista teórico. Losano ha afirmado explícitamente que en la *Teoría General de las Normas* se inicia el irracionalismo. «Si se identifica el uso de la racionalidad con la lógica... es legítima la afirmación de que la teoría pura del derecho es hoy una teoría irracionalista del derecho». (Pág. 48 de su Introducción a la *Teoria Generale delle Norme* de Hans Kelsen).

Sin embargo, parece algo exagerada la afirmación de Losano porque en realidad la renuncia al logicismo no significa dar un salto en el vacío ni acudir a la pura irracionalidad sino simplemente representa la corrección de un vicio logicista y la readecuación y reorientación de la teoría pura del derecho. Que los cambios del último Kelsen son sustanciales no cabe ponerlo en duda. Pero pasar de eso a considerar a Kelsen como uno de los representantes del irracionalismo teórico jurídico me parece desorbitado. Eso sólo es posible si aceptamos que sólo es racional la lógica y si se identifica la razón científica con la racionalidad. Eso sólo se puede mantener si se distingue lo científico-racional y lo acientífico-irracional de una forma muy rígida. Probablemente eso no es posible puesto que deberíamos dejar al campo de la irracionalidad, del sentimiento y de la voluntad cuestiones excesivamente importantes. La filosofía en pleno debería caer en el campo de lo no analizable y los temas de discusión sobre la Justicia no serían más que devaneos para académicos ociosos.

En otra ocasión dediqué un trabajo al reduccionismo racionalidad-racionalidad científica y sostuve que en Kelsen se producía este reduccionismo en el tema de los valores.[41] Cabe preguntarse si todo aquéllo que no es estrictamente científico debe abandonarse al campo de la emoción y del sentimiento. Podría cuestionarse si con los métodos de las ciencias podemos aprender toda la realidad de la cual tenemos noticia y deberíamos decidir si todo aquello que no es abordable mediante la metodología científica debe abandonarse al reino de la irracionalidad.

La mera formulación de las preguntas nos muestra el reduccionismo que supone la identificación entre ciencia y razón; entre ciencia y lógica. También muestra que un dogmatismo racionalista puede ahogar el desarrollo del conocimiento puesto que los conocimientos precientíficos no son necesariamente irracionales.

La obra *Teoría General de las Normas* no es una obra de lógica jurídica, desconoce la moderna lógica deóntica, carece de formalización, pero no es una teoría irracionalista del derecho. El último Kelsen rezacha tesis que fundamentan el logicismo jurídico, rechaza la analogía entre la verdad y la validez, rechaza el método de presentación lógico indirecto, modifica la calificación filosófica de la norma fundamental y de-

[41] Véase mi trabajo *Ciencia y racionalidad en Kelsen* en H. Kelsen, *¿Qué es Justicia?*, op. cit., especialmente págs. 21 y ss.

bilita su posición como fundamento de validez del ordenamiento jurídico, pero no impone al objeto propiedades que en realidad no tiene y, en este sentido, constituye un avance en el conocimiento del derecho.

El pretendido irracionalismo kelseniano no se refiere a la teoría sino al derecho. Lo que Kelsen acepta en la última obra es que el derecho no se necesariamente racional. Eso no quiere decir que la teoría y la ciencia del derecho sean irracionales. Kelsen reconoce que en el derecho pueden existir lagunas y contradicciones de normas. Pero esa irracionalidad del derecho no se traslada a la teoría ni a la ciencia. Losano cuando afirma que la Teoría Pura del derecho es irracionalista está realizando una operación inversa a la que realizaba Kelsen. En la historia de la reflexión jurídica el ideal racionalista tiene una larga tradición. La creencia en la completud, la coherencia, la simplicidad y la perennidad de las leyes y, sobre todo, de las codificaciones ha ejercido un gran poder seductor. Y Kelsen hasta su última época sostuvo ese ideal racionalista. Y la teoría pura del derecho era una forma de presentación de esa racionalidad jurídica[45]. El método constructivo de Kelsen introduciría orden y unidad en el caso de las sensaciones jurídicas.

Reconocer que la teoría crea el objeto pero que no le puede imponer sus propiedades no significa acudir al irracionalismo sino simplemente una descripción más adecuadad del orden jurídico. Si Kelsen renuncia al logicismo lo hace en favor de la descripción de la realidad jurídica. Kelsen no cree que la ciencia del derecho debe ser contradictoria, sino que reconoce que el derecho no es un sistema racional, un sistema lógico. Y ese reconocimiento no implica el irracionalismo de la teoría.

Por otra parte, cabría señalar con Kalinowski que el papel de la lógica formal está muy limitado en el campo jurídico en la medida en que lo esencial consiste en establecer premisas mediante procedimientos de carácter argumentativo y no demostrativo. La lógica formal tiene también sus límites y llega un momento en el cual los tópicos, las reglas extralógicas o los argumentos ocupan un lugar más revelante que la lógica formal. La lógica formal no agota la racionalidad jurídica. El campo queda abierto para las investigaciones del discurso jurídico.

Otro autor no sospechoso de veleidades irracionalistas como Klug señala: «entre la lógica y la teleología existe una interdependencia recíproca cuyo análisis exacto es un problema abierto por investigar» (pág. 156 de su *Jurisitische Logik* 3 ed. Berlín, 1966, por la que se cita) o su afirmación más explícita: «la lógica es uno de los elementos de lo jurídico pero no el único principio de explicación» (pág. 137). Estos autores, al establecer los límites de la lógica no establecen los límites de la racionalidad jurídica. En el caso de Kalinowski reenvía a los estudios de Perelman y su escuela de Bruselas como un buen ejemplo del funcionamiento de la racionalidad jurídica. En todo caso es cierto que la lógica formal ocupa un lugar —aunque limitado— en el razonamiento jurídico. Pero el ideal logicista determina de una manera muy clara el trabajo del jurista. Ese ideal proviene de las grandes codificaciones y se resume en el postulado del legislador racional con unos atributos más propios de una di-

[45] Véase sobre este punto Lenoble y Ost, op. cit. pág. 506 en la cual afirman que la reconstrucción científica kelseniana es en realidad la racionalización de ideales dogmáticos.

vinidad que de unos legisladores de carne y hueso[46]. Constituye la utopía de cómo debe ser el derecho, aunque ciertamente los derechos positivos no *son* así. El poder seductor del ideal conduce a los juristas a intentar convertir lo ideal en real y a considerarlo como parte constitutiva de lo real. Kelsen en la teoría pura del derecho intentó racionalizar al máximo este ideal. El último Kelsen se separa del ideal de la racionalidad interna del derecho, abandona esta tesis y se inclina por unas tesis más acordes con la función descriptiva de la ciencia.

Por último, Losano sostiene que la teoría de Kelsen es logicista hasta 1960. Sin embargo, en *Reine Rechtslehre* no utiliza la formalización, desconoce el desarrollo de la lógica moderna y sus autores más relevantes. La teoría kelseniana no utiliza la lógica para su construcción y desarrollo. La apelación genérica al rigor y a la exactitud no puede servir de fundamento para considerarla logicista. Ni en *Reine Rechtslere* ni en *Allgemeine Theorie der Normen* utiliza la Lógica. Tanto en una como en otra considera que la teoría no debe ser contradictoria para ser teoría científica. La coherencia es una de las pruebas —según Kelsen— de su corrección. El verdadero cambio de una obra a la otra es que en la primera se consideraba que el derecho era un sistema lógico —un sistema racional que carecía de contradicciones y de lagunas— mientras que en la segunda abandona el ideal racionalista y sostiene que el derecho no es necesariamente racional —es decir que puede tener contradicciones y lagunas— sin que esa irracionalidad se traslade a la teoría. Kelsen —al rechazar la tesis de la analogía entre la verdad y la validez— no desnaturaliza el objeto ni emprende un viaje teórico irracionalista sino que reconoce que el derecho —el objeto de la teoría del derecho— no es necesariamente racional, aunque la ciencia del derecho —si quiere ser verdadera ciencia— no puede admitir la contradicción. Sólo si Kelsen admitiera que la ciencia jurídica puede ser contradictoria —que no admite— podría ser calificado de teórico irracionalista.

[46] Sobre este punto véase mi trabajo *Sobre la Dogmática Jurídica* en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 1982. Véase también C. Nino, *Consideraciones Sobre la Dogmática Jurídica*, México, UNAM, 1974, págs. 85 y ss.