

LA TRAICIÓN DE HANS KELSEN

ANTONIO A. MARTINO

PROFESSOR DE LA UNIVERSIDAD DE PISA.

Como en el conocido libro de Manuel Puig *La traición de Rita Hayworth*, la traición de Hans Kelsen existe más bien en la cabeza de los interpretes que en las intenciones del autor de la traición, pues siempre se le atribuyen determinados fines difíciles de probar.

Trataré de argumentar, sobre la siguiente cuestión: a partir de una cierta interpretación de Kelsen, es posible sostener que el autor de la teoría pura vio con claridad la preeminencia epistemológica de la noción de orden para caracterizar el derecho, pero luego traicionó esta premisa y terminó privilegiando la norma, que es un componente del orden, pro-vocando no pocos problemas en su concepción del derecho.

Ya otros autores muchos más prestigiosos de quien escribe¹ han acusado a Kelsen de no haber tenido debida cuenta de la preeminencia del orden sobre la norma a los fines de la caracterización del derecho. La novedad, si es que de tal cosa puede hablarse, consiste en sostener que Kelsen tenía ideas más claras, sobre el punto, de lo que normalmente se le atribuye, pero que en definitiva cedió por exigencia de otros valores de su teoría global que expresa o implícitamente reconocía como más importantes. Esta fue una lucha que llevó a cabo consigo mismo durante su larga tarea productiva y la ambivalencia de sus convicciones lo llevaron a sostener teorías contradictorias entre sí. En definitiva traicionando el crí-

terio de la preeminencia del orden sobre la norma, defraudó en dos sentidos importantes las esperanzas que se podían albergar sobre la teoría pura.

Las citas que haré de Kelsen se refieren a pocas obras, fundamentales, pero debe tenerse en cuenta que las mismas se desarrollan durante un período de 40 años. No es razonable exigir que un autor mantenga las mismas opiniones a lo largo de un período tan largo de tiempo, ni siguiera un autor como Kelsen que reivindicó siempre para el sí no haberse nunca contradicho. Mucho más importantes que los cambios de opinión, son las consecuencias que el complejo de teoría permite obtener.

En la primera parte trataré de sostener que la posición de Kelsen con relación a la preeminencia del orden sobre la norma es más clara y explícita de lo que sus críticos generalmente le reconocen; en la segunda sostendré que a pesar de todo, Kelsen traicionó este punto de partida; en la tercera indicaré los problemas que dicho abandono de la posición han provocado con respecto a la noción lógica de consecuencia y a la posibilidad de ocuparse de los fines del derecho.

I. Ya en la primera versión de la Teoría pura, Kelsen caracteriza el derecho como un orden “el derecho aparece como un orden social, como un sistema de normas que regulan la conducta reciproca de los hombres...” (2), y la concepción misma de la sociedad, para su ciencia normativa, no es otra cosa que “un orden normativa (moral, religioso o jurídico) constituido por un conjunto de normas” (3). Mas categórico aun se muestra al tratar el problema de la validez de una norma aislada “La validez de una norma aislada se determina en relación con la primera constitución, de la cual depende la validez de todas las normas que pertenecen al mismo orden jurídico” (4). De esta afirmación se desprende que no tiene mucho sentido preguntarse por la validez de una norma aislada, sino solamente dentro de un orden jurídico. Podría desprenderse otra consideración más importante aun, que no se puede comprender la naturaleza del derecho si la atención se limita a la regla de derecho aislada y efectivamente tal afirmación encuentra su confirmación en otra obra famosa de Kelsen (5).

La importancia de esta última aseveración puede medirse con la relevancia que atribuye Kelsen a la ciencia jurídica que trata de describir el objeto derecho. Toda la obra del maestro vienés puede caracterizarse como un monumental esfuerzo por construir una ciencia positiva del derecho capaz de reflejar con precisión lo que el derecho es como objeto (6).

La confirmación de esta tendencia del pensamiento kelseniano la encontramos en la versión de la Teoría pura de 1960” ... Iorque nouscomparons les

uns avec les autres les objets qui son qualifiés de droit chez les peuples les plus differéentes et aux époques les plus éloignées, il apparait d'abord qu'ils se présentent tous comme des ordres de la conduit humaine. Un "ordre" est un systèmede normes dont l'unité repose sur le fait que leurvalidité à toutes a la même fondament... un norme fondamentale de laquelle se déduit la validité de toutes les normes appartiennent à cet ordre. Un norme donné est une norme juridique en tant qu'elle appartiennent à un ordre juridique. . ." (7). Ahora es innegable que explicitamente Kelsen niega la posibilidad de consi-derar una norma aisladamente; su misma condición de norma jurídica proviene del hecho de pertenecer a un orden juridico. Lo que implica que para caracterizar el derecho no se puede partir de la norma, pues es tal solo si pertenecia un sistema juridico, sino que es necesario partir del orden juridico como tal, para definir luego la norma (8).

Si lo que la ciencia del derecho debe comenzar por definir es el orden juri-dico, entendido como un sistema, es posible predicar de él algunas propiedades fundamentales que poseen los sistemas deductivos. en particular la noción de consecuencia o derivacion utilizada por juristas, jueces y abogados cuando tratan los materiales jurídicos.

Kelsen niega que el derecho pueda ser caracterizado por sus finalidades. pues es el modo particular de realizar sus fines, sean ellos cuales fueren, los que definen el derecho. La teoria pura "no considera el fin que persigue un orden jurídico, considera solamente el orden jurídico y lo conside-ra en la auto-nomia de su estructura y no en relación a su finalidad" (9). Por dicha razon es necesario partir de la estructura del orden para poder definir la norma, pues el contenido de ésta debe ser indiferente para no invertir las prioridades "un norme juridique n'est pas valable parce quelle a un certain contenu... elle est valable parce qu'elle est créée d'un certaine façon ..." (10).

Si bien hay una preeminencia epistemológica en el conocimiento de la estructura del derecho, nada impediria que en un segundo momento se pudiese estudiar la finalidad de los ordenes historicamente dados, siempre que el contenido de la norma coercitiva no precluya tal posibilidad, y de lo afirmado solo el conocimiento del orden es prioritario y el contenido de la norma no influye sobre su validez.

III. Pero esta concepcion clara, vigorosa y llena de consecuencia que nos son caras, es traicionada por el mismo Kelsen.

Hemos destacado la importância que la ciência del derecho tiene en la concepcion keiseniana, ya que toda la visión del orden jurídica depende de la contrucción de una ciência normativa positivista del derecho. Y bien. desde el

punto de vista científico, lo primero que hace nuestro autor en las três obras fundamentales ya citadas es, luego de haber afirmado cada vez con mayor claridad, el principio de la supremacía del orden, comenzar a analizar los elementos de la norma jurídica!!!... Es decir abandonar el punto de vista epistemológico del conocimiento del orden para explicar la norma en favor del análisis de los elementos de la norma para explicar luego el orden como “un sistema de normas”.

Admito que si bien la crítica es importante por la función propedéutica que el mismo Kelsen otorga a la concepción de la ciencia del derecho, no constituye una prueba irrefutable de su traición a los principios expresados. Pero hay más.

La definición de la norma *no* tiene en cuenta la prioridad epistemológica de la definición del orden y al ser definida como el sentido que se da a un acto de voluntad (11) prescinde totalmente de aquél.

En la primera versión de la Teoría pura, Kelsen se plantea el problema de hallar la especificidad del derecho “La categoría lógica del deber ser o de la norma nos da tan solo el concepto genérico y no la diferencia específica del derecho... se impone por lo tanto, buscar en otra parte la diferencia entre el derecho y la moral. Ella aparece en el contenido de las reglas que los describen. en una regla de derecho la consecuencia imputada a la condición es un acto coactivo que consiste en la privación, forzada si es necesario de bienes tales como la vida, la libertad o cualquier otro valor.” (12). Quiere decir que el contenido de las reglas de derecho determinan la especificidad de lo jurídico, todas las normas que forman un orden deben tener la misma forma “el mismo esquema, dado que comprueban una relación entre una condición y un acto coactivo que debe ser la consecuencia” y si existen otros tipos de enunciados, no tienen la significación subjetiva de una norma “se trata de elementos jurídicamente indiferentes... La justicia romana diría “pro non scripto haerantur” (13).

Qualquier enunciado que no contenga una sanción y aparezca en el orden jurídico es considerado, a lo sumo, como un fragmento de norma.

Es que basta que una regla contenga una sanción (como privación de un bien, con ciertos requisitos) para que sea considerada jurídica?. La respuesta no es tan simple como piensa Raz (14), pero algo de eso hay.

En la versión original de la Teoría pura no hay más que normas coercitivas en el orden jurídico y los enunciados que no son normas coercitivas, son solo fracciones de ésta, pero hay dos modos para identificar una norma jurídica: a) que contenga una sanción, b) que forma parte de un orden jurídico, en el

decir. que el primer criterio es la condición necesaria y el segundo la condición suficiente, pero existen dos inconvenientes: el primero es que la “especificidad” de lo jurídico aparece en la norma, según vimos, y por lo tanto el criterio a) debería ser la razón necesaria ; el segundo es que la cadena de validez impone aceptar normas que imponen poderes legislativos: o sea que no contienen sanciones.

En la versión de 1960 de la Teoría pura, Kelsen acepta que existen diversos tipos de normas: a) que permiten conductas, b) que autorizan a dictar normas, c) que derogan las normas ya existentes, d) que ordenan conductas, sin establecer sanciones, e) que aclaran el sentido de otras normas”, ce qui justifie ou permet de maintenir malgré cela cette caractéristique, c’est ce fait que toutes celles de ses normes, qui n’instituent pas elles mêmes un acte de contrainte et qui, par suite n’ordonnent pas la creation de normes mas simplement y habilitent ou qui permettent positivement, sont des normes non-independantes, puisqu’elles ne valen qu’en liaison avec d’autres normes qui instituent un acte de contrainte” (15).

La introducción de las normas no independientes torna más flexible la concepción del orden. La clave está en saber cual es el tipo de relación que tienen con las normas que instituyen actos de coacción. Si se trata de una necesidad tal que las normas sancionatorias imponen su contenido al orden, se trata de una relación de tal subordinación de las normas no independientes que vuelve a aparecer el fantasma de los fragmentos de normas. Si en cambio se trata de admitir que entre los distintos tipos de normas que puede tener un orden jurídico es necesario que aparezcan normas sancionatorias, la preeminencia pertenece al sistema y los requisitos limitativos son de una parte o componente necesario (16).

Pero en la misma versión de la Teoría pura de 1960. así distinguir los tipos de ordenes sociales. Kelsen atribuye al orden social jurídico solamente la posibilidad de establecer sanciones negativas (penas) “... un troisième et dernier type d’ordre social se caractérise par le fait qu’il ordonne une certaine conduite précisément attachant à la conduite contraire un désavantage. une peine au sens le plus large du terme... C’est à ce type qu’appartient l’ordre juridique” (17).

El atribuir así derecho como objeto solo la función de establecer sanciones negativas toma rígida la concepción del orden y vuelve a privilegiar epistemológicamente la norma que si contiene los actos de coacción. Años más tarde insiste todavía en esta concepción “cuando nos referimos a las normas

de la moral y de derecho como prescripciones sobre el mutuo comportamiento de los hombres. queremos subrayar que lo que llamamos “moral” o “derecho” consiste en normas, es un agregado o sistema de normas” (18).

III. La traición al criterio de la supremacía del orden sobre la norma para comprender al derecho, provoca consecuencias importantes, dos de las cuales considero de relieve: la dificultad de aplicar el concepto de derivación, típico de los sistemas deductivos y la ceguera frente a los cambios de función del derecho en tiempos modernos.

Los dos temas no han sido ignorados por Kelsen, los ha tratado y los ha analizado: solo que al momento de tomar la decisión final prevalecieron viejas convicciones maduradas en sus años de formación.

La posición kelseniana más radicalmente favorable a privilegiar la norma por encima del orden esta contenida en la *General Theory of Law and State*, es decir en la obra en la cual la concepción estática del derecho es bien clara y cada disposición legal es una norma que impone un deber previendo una sanción, mientras que el principio dinámico que confiere poderes legislativos aparece como menos claro. Aun en ella, Kelsen advierte que la ciencia jurídica positiva necesita de una noción de relación lógica dentro del sistema para poder realizar sus operaciones. Advierte además, que el solo principio formal de la cadencia de validez, independientemente del contenido de las normas, es infructuoso, pues no explica suficientemente como actúa una ciencia jurídica positiva. Es así que en la concepción de la norma fundamental incluye un criterio lógico: el de no contradicción “la idea de derecho debe suponer el principio de no contradicción. pues sin el mismo se destruiría la noción de legalidad. Este solo presupuesto, que es contenido en la norma fundamental, permite el conocimiento jurídico dar una interpretación del material jurídico” (19).

Dar una interpretación coherente del material jurídico es función de la ciencia jurídica, pero es una función constitutiva, pues solo a condición de admitir la norma fundamental es posible percibir la juridicidad. Es además una función constitutiva del orden, que no existe sin la norma fundamental. De este modo se vuelve a privilegiar la noción de sistema y se predica al menos una relación lógica. La no contradicción y se explica el uso de la derivación diciendo que una norma es subsumida por otra o que la primera puede derivar de la segunda.

Pero años más tarde nuestro autor da de narices a tal concepción “los principios lógicos de no contradicción y de derivación no son aplicables a las

normas, al menos no directamente, a lo sumo serian aplicables *per analogiam*. Pero aun esto seria posible si existiese alguna analogia entre la verdad de una aserción y la validez de una norma. Y tal analogia no existe. No existe sobre todo, porque verdad y falsedad son cualidades de una aserción, mientras que la validez no es una cualidad de la norma, sino su existência, su específica existência ideal...” (20)

La duda sobre la aplicabilidad de critérios lógicos a las normas es legítima y los mismos lógicos deonticos la aceptan en un sentido importante “The positivistic skeptic who, like Alf Ross, doubted the possibility of a deontic logic were in an important sense right in maintaining that norms have no logic or that normative discourse is “alogical”” (21). El problema es que niegue aun la aplicación indirecta de criterios de derivación, pues ello hace tambalear la noción misma de sistema y lo que es peor la hace tambalear a nivel de la ciencia jurídica, que es lo que más interesa a kelsen.

El porqué de esta posición extrema debe buscarse por un lado en el empecimiento en atribuir a las reglas de derecho características que son propias de las normas jurídicas, por el otro en el hecho de distinguir, al final de su producción entre las normas de los enunciados sobre normas (que es correcto) sobrevaluando, casi hipostatizando el concepto de validez de las normas como existência (que es menos digerible). Y esto porque la afirmación de que el principio de no contradicción y la regla de inferencia no se aplican ni directa ni indirectamente a las proposiciones prescriptivas, que sorprende como paradójal, termina por ser en la presentación kelseniana una tautología, reducible a la afirmación: “una proposición pscriptiva existe si, y solo si, existe” (22).

Es correcto sostener que a nivel del objeto, el orden jurídico contiene (puede contener) normas contradictorias y que no por esa razón dejan auto-maticamente de ser válidas. Lo que sucede es que para discurrir sobre el orden como objeto es necesario hacerlo desde la ciencia jurídica, y aquí una proposición prescriptiva, si existe es válida, en el sentido que es verdadera y no como sostiene Kelsen, en el sentido que existe (23).

La derivabilidad, como relación entre dos normas, no garantiza en un orden jurídico que la segunda sea válida, por esa misma razón. El orden jurídico, como objeto, tiene un carácter dinámico que exige además de la concatenación de sentido otros hechos creativos para justificar que la validez de una norma deriva de otra superior. Pero esto es así para las normas explícitas del sistema, no para las normas explícitas, que son por cierto una creación de la ciencia jurídica, pero en la teoría de Kelsen una creación constitutiva, y que permiten explicar lo que de ordinario hacen jueces, juristas

y abogados cuando leen en un código “que es mayor de edad quien ha cumplido 18 años” y que “los mayores de edad pueden contraer matrimônio” y concluyen que “Juarez Pérez, de 28 años, tiene la capacidad para contraer matrimonio”.

La traición de Kelsen a este critério es grave pues desarma toda posibilidad de hablar del orden jurídico como un sistema compuesto por todas las normas creadas explícitamente (menos las abrogadas) y todas sus consecuencias, y además porque lo traiciona justamente en la consideración de la ciencia jurídica.

La segunda consecuencia de haber privilegiado el concepto de norma por sobre el concepto de orden, es el haber precluido toda posibilidad de estudiar las finalidades de un orden jurídico, que no fuesen las relativas a imponer sanciones como privación de algún bien.

A pesar de la afirmación relativa a que la Teoría pura considera el orden jurídico en la autonomía de su estructura y no en relación a su finalidad (ver nota 8), Kelsen advirtió en más de una oportunidad que de un derecho liberal-garantizador se estaba pasando a un derecho social-administrador, pero insistiendo en la característica sancionatoria represiva de la norma jurídica, cerro la posibilidad de ocuparse de otras finalidades del orden jurídico, que por su propia estructura es más permeable a cualesquiera finalidad, como el mismo Kelsen reconociera.

Si Kelsen hubiese mantenido su interés en el predominio del concepto de orden sobre el de norma para caracterizar el derecho, habría realizado la operación que él mismo anunciara: considerar en su parte estructural un derecho que fuese polifuncional, o sea que en cada tiempo histórico ha privilegiado funciones diferentes. No era necesario que el mismo se ocupara de este aspecto, pero la Teoría pura podía, de ese modo dejar abierta la posibilidad de profundizar, según las épocas y los lugares, la función de esa estructura que es el orden jurídico. Pero se empeñó en distinguir el derecho de la moral, para caracterizar la especificidad del primero y derecho y moral, vistos de ese modo, son dos órdenes de la conducta interindividual; el resultado debía ser que la especificidad del derecho quedaba cristalizada solo en las normas que establecen sanciones como privación de algún bien.

En una concepción del derecho social, en la cual su principal función es la distribución de los recursos, la función del Estado es positiva y no negativa, como en el derecho liberal y lo importante entonces no es tanto distinguir el derecho de la moral, cuanto compararlo con la economía (24). La sociedad

tecnocrática moderna ha desarrollado un derecho de organización, interesándose mucho más en las funciones de socialización y prevención del derecho, que en su aptitud represiva.

NOTAS

1. A. ROSS, *On Law and Justice*, Stevens & Son Ltd, London, 1958; H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford University Press, London, 1961; J. RAZ, *The Concept of a Legal System. An Introduction to the Theory of Legal System*, London, Oxford University Press, 1970.
2. H. Kelsen, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, F. Deuticke, Wien, 1934, cito de la versión española de Moisés Nilva, Eudeba, Buenos Aires, 1960, pp. 34 y 43.
3. H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 1934, cit. p. 25.
4. H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 1934, cit. p. 145.
5. H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, New York, Russel & Russel, 1961. p. 3.
6. M. TROPER, *La pyramide est toujours debout! Réponse a Paul Amsolek*, “Revue du Droit Public et de la science politique en France et a l’étranger”, T.XCIV, n° 6, Paris, 1978, p. 1524.
7. H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Franz Deuticke, Wien, 1960, traducción francesa de Charles Einsenmann, Dalloz, Paris, 1962, p. 43.
8. M. TROPER, *La pyramide est toujours debout!*, CIT. P1525: “On voit par là qu’il est impossible de définir l’ordre juridique par ses éléments et dire qu’il s’agit d’un ensemble hiérarchisé de normes juridiques, puisque les normes juridiques sont elles-mêmes définies comme des éléments de l’ordre juridique”.
9. H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 1934, cit. p. 33, y p. 59: “Las opiniones de los hombres divergen en cuanto a los valores que han de considerarse como evidentes y no es posible realizar todos estos valores en el mismo orden social”.
10. H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 1960. cit. p. 261.
11. H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 1934, cit. p. 18 y 1960, cit. p. 7.
12. H. Kelsen. *Reine Rechtslehre*, 1934, cit. p. 70.
13. H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 1934. cit. p. 75.
14. J. RAZ, *The Concept of Legal System*, cit. p. 161.
15. H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 1960, cit. p. 78.

16. A favor de la primera interpretación J. RAZ, *The Concept of a Legal System*, cit. p. 167. A favor de la segunda interpretación, CE.
ALCHOURRON, E. BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1971, p. 106.
17. H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 1960, cit. p. 34.
18. H. KELSEN, *On the Concept of Norman*, en *Essays in Legal and Moral Philosophy*, Reidel, Dordrecht Boston, 1973, p. 216.
19. H. KELSEN. *General Theory of Law and State*, cit. p. 406.
20. H. KELSEN, *Recht un Logic*, “Neues Fórum”, 1965, p. 423.
21. G.H. von WRIGHT, *Norms, Thuth, and Logic*, en A.A. MARTINO (editor) *Deontic Logic, Computation linguistic and Legal information system*, North-Holland (emprensa). Agrega von Wright: “But norm-giving activity and also the normas themselves can be judged under vaious aspects and standards of *rationality*”.
22. A.G. CONTE, *In margine all'ultimo Kelsen*, “Studia Ghisleriana”, Pavia, 1967, p. 117.
23. A. G. CONTE, *In margine all'ultimo Kelsen*, cit. p. 122.
24. N. BOBBIO, *L'analisi funzionale nel diritto: tendenze e problemi*, en *Dalla struttura alla funzione, Nuovi studi di teoria del diritto*, Comunità, Milano, 1976, p. 104.