

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

1988

LECTURAS DE FILOSOFIA
JURIDICA CHILENA
DEL SIGLO XX



SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



ANUARIO DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL
1988

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL
ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL Nº 6
1 9 8 8

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales de la Universidad de Valparaíso, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho de la Universidad Gabriela Mistral, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile y Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso.

©

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social
Inscrito en el Registro de la Propiedad Intelectual
bajo el número 72.199

Diseño Gráfico: Alland Browne E.

Impreso en
EDEVAL

Errázuriz 2120 - Valparaíso

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

1988

LECTURAS DE FILOSOFIA
JURIDICA CHILENA
DEL SIGLO XX

SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO

(1987 - 1989)

Antonio Bascuñán Valdés, Mario Cerda Medina, Jorge Correa Sutil, Gonzalo Ibáñez Santa María, Fernando Quintana Bravo, Nelson Reyes Soto, Juan Enrique Serra Heisse, Agustín Squella Narducci y Jaime Williams Benavente.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social tiene su domicilio en la ciudad de Valparaíso. La correspondencia puede ser dirigida a la Casilla 211-V, Valparaíso.

PRESENTACION

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social presenta su *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* N° 6, correspondiente a 1988, y que sigue a los números anteriores que han venido publicándose desde 1983.

A este N° 6 se le ha dado el título de *Lecturas de Filosofía Jurídica Chilena del Siglo XX*, en atención a que una de las secciones o partes en que aparece dividido, bajo el título a su vez de "La Filosofía Jurídica Chilena en la Primera Mitad del Siglo XX", reproduce una selección de textos, hecha por Manuel Manson Terrazas, de autores que han contribuido en Chile a la filosofía jurídica y social durante los primeros cincuenta años del siglo en curso. En cuanto al criterio empleado por el antologista para la selección de estos textos, el lector puede remitirse a lo que Manuel Manson expresa en la "Presentación" de su antología. Por otra parte, una segunda selección de lecturas similares, también correspondientes a la primera mitad del siglo XX, se publicará el año próximo en el *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* N° 7.

En la sección *Estudios* de este Anuario se publican diversos trabajos inéditos de interés, en tanto que en la parte llamada *Debate* se incluye un artículo de Manuel Manson, en el que este autor critica algunos planteamientos formulados por Alfonso Gómez-Lobo, en su trabajo sobre "Derecho natural: un análisis contemporáneo de sus fundamentos", que fue publicado en el *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* N° 3, de 1985.

La tercera sección, titulada *Lectura*, reproduce el trabajo "El Derecho", de Antonio Hernández Gil, con el que se inicia el primer tomo de las obras completas de este autor, que se están publicando desde 1987 por Espasa-Calpe, en Madrid.

La parte llamada *In Memoriam* reproduce necrologías sobre Aníbal Bascuñán, Carlos León, Carlos Cossio, Theodor Viehweg y Michel Villey, cuyos decesos hemos tenido que lamentar en el último tiempo.

El volumen concluye con una parte reservada a *Recensiones*

y otra a *Informe*. En la primera se publican comentarios sobre diversos libros de interés, y en la segunda se incluye un informe del ex presidente de la Asociación Internacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Social, Aulis Aarnio.

En cuanto al *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* N° 7, de 1989, estará dedicado a la memoria del profesor Aníbal Bascuñán Valdés, fallecido en 1988, y Socio Honorario de nuestra corporación. Los estudios y trabajos para este volumen, que tanto pueden recaer o no sobre la obra y pensamiento del jurista en cuyo homenaje será editado, se esperarán hasta el 1° de septiembre de 1989, y deben ser remitidos a la Casilla 211-V, de Valparaíso. A esta misma casilla pueden ser solicitados éste y los números anteriores del *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, los que pueden asimismo ser adquiridos en la librería "Andrés Bello", de Santiago.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social reitera sus agradecimientos a las Facultades de Derecho del país que han colaborado en la publicación de este nuevo número de su Anuario, en especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales de la Universidad de Valparaíso, y a su Escuela de Derecho, en cuyo taller de imprenta —EDEVAL— se llevó a cabo la impresión del volumen.

Valparaíso, diciembre de 1988.

E S T U D I O S

da vez que, por ejemplo, la regla de adjudicación, para ser tal, requiere que se le identifique, primero, para lo cual será necesario echar mano de la regla de reconocimiento y, al tiempo de emitirla o producirla, será necesario echar mano de la regla de cambio;

7. Por lo mismo, el derecho aparece mejor descrito no como, simplemente, una "unión" de reglas primarias y secundarias, sino como un *entrelazamiento* —para coger otra vez terminología de Luhmann— autopoietico y autocompensado (sistémico) de reglas primarias y secundarias, en conjunto usualmente coactivo, autorreferido y constituido en subsistema del sistema social total merced a una frontera de sentido constituida por una regla última de reconocimiento.

8. Se trata, en primer lugar, de un sistema autopoietico y autocompensado, en la medida que produce sus elementos (las reglas) al través de sus propios elementos (las reglas), como resultado de una diferenciación funcional que le permite, por vía de compensación simultánea, absorber cada vez mayor complejidad de su medio (el sistema social);

9. Se trata, en segundo lugar, de un sistema autorreferido, en la medida que su reflexión, el discurso jurídico, al modo de la dogmática teológica, tematiza sus elementos (las reglas) sobre el supuesto de esos mismos elementos (el aspecto interno de las mismas);

10. Se trata, en tercer lugar, de un subsistema del sistema social total, del que se diferencia por el "sentido", sentido éste que viene dado por la regla de reconocimiento que, así, permite delimitar sus acciones (los actos jurídicos en un sentido lato) de otras acciones sociales posibles; y

11. En suma, el sistema jurídico (subsistema del sistema social) "*actúa*" (esto es, relaciona sus elementos con sus propios elementos) en una relación compensatoria; "*reflexiona*" (esto es, se autotematiza al interior de su frontera de sentido) en el discurso jurídico-normativo o dogmática en un sentido lato y, por último, "*funciona*" (esto es, se relaciona con otros subsistemas) a través de la coactividad y el aseguramiento de expectativas.

LA "TEORIA GENERAL DE LAS NORMAS" DE Kelsen Y LA LOGICA FORMAL

MANUEL MANSON

1

En su obra póstuma sobre las normas —*Allgemeine Theorie der Normen* (1979) ⁽¹⁾, recientemente traducida al portugués por José Florentino Duarte— ⁽²⁾ Kelsen formula varias modificaciones a los planteamientos expuestos en la segunda edición de su *Reine Rechtslehre* (1960) ⁽³⁾, traducida al castellano por Roberto J. Ver-nengo en 1979 ⁽⁴⁾.

Las modificaciones se refieren especialmente a los siguientes temas: (a) norma fundamental; (b) conflictos normativos; (c) lógica y derecho. Pero ya habían sido, en lo principal, introducidas mediante estudios posteriores a la segunda edición de la *Reine Rechtslehre*, tales como "Derogation" (1962) ⁽⁵⁾, "Die Funktion der Verfassung" (1964) ⁽⁶⁾ y "Recht und Logik" (1965) ⁽⁷⁾.

2

El último Kelsen expresa que la 'norma fundamental' es "una norma ficticia", "una pura o 'verdadera' ficción en el sentido de la vaihingeriana filosofía del como-si, que se caracteriza porque no sólo contradice la realidad sino que también es contradictoria en sí misma" ⁽⁸⁾. Según dice Kelsen, "no es una hipótesis —como la calificué casualmente— sino una ficción, que se distingue de una hipótesis por el hecho de que la acompaña, o debería acompañarla, la conciencia de que no corresponde a la realidad" ⁽⁹⁾.

En rigor, no sería la norma fundamental la 'contradictoria', sino la suposición —que propiamente no será una hipótesis— de

que hay una norma fundamental o 'básica'. En su artículo sobre la función de la constitución, Kelsen escribe: "la suposición de una norma básica —como por ejemplo la norma básica de un orden religioso moral: 'Deben ser obedecidos los mandamientos divinos' o la norma básica de un orden legal: 'Debemos comportarnos como lo indica la constitución históricamente primera'— contradice no sólo a la realidad, ya que no existe una norma tal como sentido de un acto de voluntad real, sino que ella además es auto-contradictoria, dado que representa la autorización de la autoridad moral o legal más elevada, partiendo de esta manera de una autoridad —por cierto que sólo fingida— situada aún por encima de esa autoridad" (10).

Mas Kelsen nunca sostuvo que la norma fundamental fuese positiva. Planteó, además, una concepción de las 'normas' como sentidos de actos de voluntad. Se comprende, pues, que terminara diciendo: "En contra de la suposición de una norma establecida no por un acto real de voluntad sino presupuesta solamente en el pensamiento jurídico, se puede hacer valer que una norma puede constituir únicamente el sentido de un acto de voluntad, no de un acto de pensamiento; que existe una correlación esencial entre deber (Sollen) y querer (Wollen). Se puede hacer frente a esta objeción solamente reconociendo que junto a la norma básica pensada también debe ser pensada una autoridad imaginaria, cuyo acto de voluntad —fingido— encuentra su sentido en la norma básica" (11).

3

"El fin del pensamiento de la norma fundamental —manifiesta Kelsen— es: el fundamento de validez de las normas que instituyen un orden jurídico o moral positivos, y la interpretación del sentido subjetivo de los actos normativos como un sentido objetivo, es decir, con normas válidas" (12).

Walter, a su vez, escribe, calificando también como 'hipótesis' a la norma básica misma: "Aquella hipótesis a la que se recurre con el fin de poder interpretar los sistemas de coacción positivos y eficientes como sistemas normativos, o sea los que estatus un deber, es la *norma fundamental*. Tal modo de hacer posible la interpretación normativa constituye la función esencial de

la norma fundamental. De esta manera, la presupuesta norma fundamental crea la normatividad del objeto por conocer" (13).

Pero Kelsen reconoce que el mencionado fin "sólo se alcanza por la vía de una ficción" (14).

"Para describir el derecho de una determinada comunidad —afirmamos— no es menester suponer la validez de una 'norma fundamental'; tampoco se requiere aceptar o aprobar dicho ordenamiento, para conocerlo" (15). "El jurista que se limita a conocer las normas de un ordenamiento jurídico, sin considerar sus relaciones con otras pautas (normativas o no-normativas) si expresa que las disposiciones de la primera constitución histórica 'deben ser cumplidas' sólo significa que están vigentes y que, por consiguiente, las conductas ordenadas por ellas son obligatorias" (16).

El recurso de la norma fundamental "tiene, sin duda, a mantener la imagen de una ciencia jurídica no-realista, que sólo consideraría los actos de producción del derecho 'en cuanto constituyen el contenido de normas jurídicas', que se procura desvincular de la realidad" (17).

En verdad, lo que debe realizar una teoría científica del derecho es no recurrir a una 'norma fundamental ficticia' y revisar los planteamientos inadecuados que desembocan en su concepción o se sirven de ella.

Kelsen debió rectificar, por ejemplo, sus planteamientos sobre la 'separación entre ser y deber ser' y sobre el sentido 'objetivo' de los actos creadores de normas.

El jurista que atribuye 'validez' a la primera constitución histórica, sin relacionarla con otras pautas —v. gr., con un 'derecho natural'— adopta un uso del término según el cual corresponde, por definición, calificar como 'válida' a dicha constitución.

4

El último Kelsen admite, por otra parte, que hay 'conflictos normativos'. Según manifiesta Kelsen, "con el nombre de 'conflictos de deberes' desempeñan un importante papel tanto en la moral como en el derecho, especialmente en las relaciones entre ambos", y requieren que "valgan ambas normas en conflicto" (18).

Kelsen advierte finalmente que los conflictos en el interior de un orden jurídico no se solucionan por la ciencia del derecho,

mediante la interpretación; ellos se resuelven por derogación, en virtud de disposiciones jurídico-positivas⁽¹⁹⁾.

Kelsen afirma que "la derogación, que soluciona un conflicto de normas, y particularmente la disposición fundamental ya formulada, *lex posterior derogat priori*, no es principio lógico, sino principio jurídico-positivo"⁽²⁰⁾. Pero, como entiende que para que haya un 'conflicto de normas' es necesario que "valgan ambas normas", debió más bien expresar, respecto del principio jurídico-positivo *lex posterior derogat priori*, que 'previene la formación de un conflicto'. Si se considera que el conflicto se produce y luego se soluciona, se fingiría que la norma anterior conserva su validez al entrar en vigencia la nueva, 'por un momento'.

5

Erróneamente, antes Kelsen había sostenido: "como el conocimiento del derecho, como todo conocimiento, tiene que pensar conceptualmente su objeto como un todo dotado de sentido, tratando de describirlo en oraciones no contradictorias, parte del supuesto que los conflictos normativos que aparezcan dentro del material normativo que le es dado (o más correctamente: que le es propuesto) pueden y tienen que ser disueltos por vía de interpretación"⁽²¹⁾.

Este planteamiento no se avenía, por cierto, con el ideal formulado en el prefacio de la primera edición de la *Reine Rechtslehre*: "elevar la teoría del derecho, que aparecía expuesta esencialmente en trabajos más o menos encubiertos de política jurídica, al rango de una verdadera ciencia"⁽²²⁾.

Como bien dijera Kelsen, toda ciencia busca "la objetividad y la precisión", pero algunos "no quieren renunciar al hábito, bastante arraigado, de invocar la autoridad objetiva de la ciencia del derecho para justificar pretensiones políticas"⁽²³⁾. Y los juristas "no renuncian de buen grado a creer y hacer creer que su ciencia permite encontrar la solución 'justa' de los conflictos de intereses en el seno de la sociedad"⁽²⁴⁾.

"Dado que ellos conocen el derecho existente —expresó asimismo Kelsen, refiriéndose a los juristas— también se consideran llamados a crear el derecho del porvenir, y, en su deseo de influir en su formación, pretenden tener en el terreno de la políti-

ca un rango superior al de simples técnicos de las cuestiones sociales"⁽²⁵⁾.

En realidad, el jurista que pretende 'disolver por vía de interpretación' los conflictos normativos efectivamente existentes, intenta realizar una tarea que compete a la política. A la ciencia jurídica, como a cualquiera otra, le corresponde conocer su objeto, con todas sus perfecciones e imperfecciones.

6

Kelsen estimó, por mucho tiempo, que no era posible, desde un punto de vista lógico, "sostener que normas válidas simultáneamente pertenezcan a sistemas distintos e independientes entre sí"⁽²⁶⁾.

A propósito de las relaciones entre derecho internacional y derecho estatal, escribió: "Lo que sobre todo interesa en la determinación de la relación entre derecho estatal y derecho internacional, es la cuestión de si entre ambos sistemas normativos pueden darse conflictos insolubles. Sólo si esta cuestión tiene una respuesta afirmativa, quedará excluida la unidad del derecho estatal y el derecho internacional. Sólo será posible entonces, en la práctica, una construcción dualista o pluralista de las relaciones entre derecho estatal y derecho internacional; pero entonces no cabría hablar de la simultánea validez de ambos"⁽²⁷⁾.

Kelsen creyó equivocadamente que los partidarios de la construcción dualista "deberían lógicamente limitarse a estudiar un único derecho nacional partiendo de la hipótesis de que él forma una unidad y considerándolo como el único sistema de normas jurídicas válidas". "Los otros derechos nacionales y el derecho internacional —expresó Kelsen— no deberían ser para ellos conjuntos de normas válidas, sino simples hechos desprovistos de significación jurídica"⁽²⁸⁾.

Habiendo 'contradicciones insolubles', sería —según pensaba Kelsen— "completamente imposible afirmar la validez simultánea del derecho internacional y de un derecho nacional o la de dos derechos nacionales, de la misma manera que la moral y el derecho positivo, que son completamente independientes entre sí,

no pueden ser sistemas de normas simultáneamente vigentes” (29).

7

Estos defectuosos planteamientos se basaban en un erróneo enfoque de orden lógico.

Kelsen pensaba que los conflictos normativos se producirían por normas contradictorias entre sí y que los enunciados que ‘describiesen’ dichas normas serían también contradictorios.

Kelsen escribió: “no puede afirmarse a la vez: ‘A debe ser y no-A debe ser’, de la misma manera que no puede afirmarse a la vez: ‘A es y no-A es’” (30). Dos normas jurídicas se ‘contradicen’ —afirmó Kelsen en 1959— cuando pueden describirse solamente por medio de dos proposiciones jurídicas contradictorias entre sí y, en consecuencia, no pueden afirmarse simultáneamente como siendo válidas” (31).

Por nuestra parte, hemos expresado: “Siendo lógicamente imposible ejecutar *a* y *no-a* a la vez, es posible que en un sistema una norma vigente lo ordene, sin afectar a su consistencia. Asimismo, aunque en un sistema esté vigente una norma y en otro su negación, ambos pueden regir simultáneamente. Es posible no caer en contradicción al describirlos; en una formulación completa, se mencionarían los ordenamientos, v. gf.: ‘Juan debe pagar en virtud de L1 y no es el caso que Juan debe pagar en virtud de L2’” (32).

En el lenguaje de la ciencia jurídica se da una contradicción, como lo comprendió finalmente Kelsen, al formularse “dos enunciados, de los cuales uno asevera la validez de una norma, mientras el otro asevera la *no*-validez de esta norma”. Pero si se refieren a normas distintas, “pueden ser verdaderos, pues ambas normas pueden valer” (33).

8

El último Kelsen, procurando justificar su nueva posición sobre la aplicabilidad de principios o criterios lógicos a las normas jurídicas, sostiene, por otra parte: “no existe analogía entre la verdad o falsedad de un enunciado y el cumplimiento o la violación de una norma, porque el cumplimiento o la violación de

una norma no son cualidades de ésta, mientras que la falsedad o la verdad de un enunciado son cualidades de éste” (34).

Kelsen afirma, asimismo: “una norma general puede ser cumplida por uno y violada por otro; además es evidente que una vez puede ser cumplida y otra violada, por los mismos individuos. El enunciado general ‘Todas las personas son mortales’ no puede, sin embargo, ser verdadero para una persona y falso para otra” (35).

En verdad, el cumplimiento de una norma no es propiamente una cualidad suya. Pero lo es, en cambio, el ‘ser cumplida’, esto es, ‘llevada a efecto’ (o el ser ‘no-cumplida’). Y no es lo mismo, por otra parte, ‘ser verdadero para una persona’ que ‘ser verdadero de una persona’ o ‘verificarse respecto de una persona’.

Así como decimos, por ejemplo, que la norma general ‘Todos los compradores deben pagar’ es incumplida por Juan y cumplida por Pedro, podemos decir que el enunciado general ‘Todos los compradores pagan’ es falso de Juan pero es verdadero de Pedro. Y así como dicho enunciado es verdadero si y sólo si todos los compradores pagan, la norma general es cumplida si y sólo si todos los compradores pagan. Basta que un comprador no pague para que resulte incumplida. No es lo mismo, pues, ‘ser cumplida’ que ‘ser cumplida por’.

9

Kelsen habla también del “gravísimo error que existe en la circunstancia de que se crea ver un paralelo entre... la *verdad de un enunciado* y la *validez de una norma*” (36).

“La verdad —escribe Kelsen— es una cualidad del enunciado. La validez no es una *cualidad* de la norma, sino su *existencia*, y la existencia no es una cualidad” (37).

Kelsen olvida, al parecer, que se dan otros usos de ‘validez’, aun en su misma doctrina. El afirma, por ejemplo: “una norma vale en tanto y en la medida en que ha sido producida en la forma determinada por otra norma” (38). Pero no dice: ‘una norma existe en tanto y en la medida en que ha sido producida en la forma determinada por otra norma’. Si una norma es ‘producida’, ‘existe’, aunque no sea producida en la forma determinada por otra norma.

Una norma, según observa Kalinowski, “ya existe o sigue

existiendo cuando es enunciada o escrita y no está todavía investida de la fuerza obligatoria o ya ha perdido ésta” (39).

Las normas son —de acuerdo con el uso común de los términos— ‘válidas’ o ‘inválidas’. Y los juristas “usualmente atribuyen validez a aquellas que son (lógicamente) derivables de normas válidas” (40).

10

A juicio del último Kelsen, “no habría contradicción lógica entre dos normas” (41).

En verdad, si tanto ‘Debe ser A’ como ‘Debe ser no-A’ son normas vigentes de un mismo sistema y en él una orden no trae aparejado el correspondiente permiso, habrá un conflicto normativo pero no una inconsistencia.

“La sentencia contradictoria de ‘A debe ser’ es —hemos escrito— ‘No es el caso que A debe ser’, como lo hiciera presente Hart a Kelsen— quien presenta como contradictorias a ‘A debe ser’ y ‘Debe ser no-A’” (42)). “Por esta razón, no entrevista por Kelsen... cabe decir que los conflictos de deberes se dan entre normas que no son contradictorias entre sí” (43).

Por cierto, hay una contradicción lógica entre los componentes declarativos de las normas ‘Debe ser A’ y ‘Debe ser no-A’ (‘A’ y ‘no-A’). Y se da una contradicción lógica entre la norma ‘Debe ser A’ y su negación, la disposición que permite que sea no-A.

Por otra parte, conviene hacer presente que, al efectuar una adecuada axiomatización de un ordenamiento normativo, las disposiciones vigentes (‘válidas’) “se convierten en teoremas del cálculo respectivo”. “Es posible que dos sentencias contradictorias —sean o no normativas— figuren como teoremas en un mismo cálculo. Pero se procura que los cálculos sean consistentes, libres de contradicción” (44).

Se justifica, en todo caso, afirmar: ‘Una norma y su negación no se ejecutan completamente a la vez’; ‘una norma y su negación no son vigentes a la vez en un sistema consistente’. “Estos principios, formulados en metalenguaje, guardan analogía con el principio de contradicción aplicable a las sentencias declarativas,

según el cual dos enunciados contradictorios no son verdaderos a la vez” (45).

Hay, además, un principio lógico-normativo de (no) contradicción, en el lenguaje-objeto: ‘No-(debe ser p y no-debe ser p)’, que se infiere del principio de la lógica general declarativa, ‘No-(p y no-p)’.

11

El último Kelsen sostiene, asimismo, que “no se seguiría lógicamente la validez de una norma de la validez de otra” (46) y que la ‘regla de inferencia’ no sería aplicable ni directa ni indirectamente a “las relaciones entre normas de un orden jurídico positivo” (47).

A juicio de Kelsen, la ‘validez’ de una norma individual “no está implícita en la de la general”. Según él, “la validez de todas las normas, y también por consiguiente la de la norma individual que representa la decisión judicial, está condicionada por un acto de voluntad”. La norma individual es ‘válida’ sólo si es “el significado de un acto de voluntad distinto de aquel cuyo sentido es la norma general”. Y “aún si el legislador es al mismo tiempo el juez, su decisión concreta no se sigue lógicamente de la norma general aplicada, y también puesta, por él”, “ni siquiera cuando el legislador como juez decida *de acuerdo* con la norma general puesta por él” (48).

Kelsen debe reconocer que “una relación lógica existe entre la norma general y la norma individual mediante la cual aquélla es aplicada a una situación concreta”, al estar dicha norma individual “de acuerdo con la norma general” (49). Al respecto, Kelsen expresa asimismo: “En cuanto la misma subsunción es un proceso lógico... la lógica es aplicable a las relaciones entre normas” (50).

Sin duda, Kelsen afirma igualmente: “Esta relación no lo es de ninguna consecuencia, pero es una relación lógica” (51). Mas es caracterizable como una implicación lógica. Y, desde un punto de vista sintáctico, puede decirse: Una norma está de acuerdo con otra, en un sistema N, si y sólo si es derivable de ella (en N) (52).

Siendo (1) 'Los parricidas deben ser fusilados' la norma general y (2) 'Juan debe ser fusilado' una norma individual, la implicación lógica no se da, por cierto, entre (1) y (2). En cambio, (1) implica lógicamente a (3) 'Si Juan es parricida, entonces Juan debe ser fusilado'. A su vez, (4) 'Los parricidas deben ser fusilados y Juan es parricida' implica lógicamente a (2).

El propio Kelsen considera que hay una relación, que "puede ser representada mediante una deducción, entre la norma general (a) 'Una persona que premeditadamente, mediante su propia conducta, cause la muerte de otra, debe ser condenada a presidio perpetuo' y la norma general (b) 'Una persona que premeditadamente, mediante un disparo, cause la muerte de otra, debe ser condenada a presidio perpetuo'. Al respecto, Kelsen dice: "Ya vale la norma descrita como conclusión, si vale la norma descrita como premisa mayor, porque aquella está implícita en ésta" (53).

Kelsen expresa que (b), "implícita" en (a), "se puede hacer explícita por la vía de la interpretación". Y con razón afirma que (b) "no establece nada que no esté ya estatuido", en la otra norma (54).

Pero Kelsen no aplica un enfoque semejante a las relaciones entre normas individuales y normas generales.

Sustentando su punto de vista, Kelsen afirma que una norma como 'Schuster, que con un disparo causó la muerte de Bauer, debe ser condenada a presidio perpetuo' "estatuye más" que la norma general 'Una persona que premeditadamente, mediante su propia conducta, cause la muerte de otra, debe ser condenada a presidio perpetuo' (55).

Kelsen tiene, sin duda, razón en cuanto a que la mencionada norma individual estatuye más. Pero así es porque es la conjunción del enunciado 'Schuster con un disparo causó la muerte de Bauer' con la norma 'Schuster debe ser condenado a presidio perpetuo'.

La norma individual que es implicada lógicamente por la mencionada norma general es, en cambio, la siguiente: 'Si Schus-

ter premeditadamente, por medio de un disparo, causa la muerte de Bauer, debe ser condenado a presidio perpetuo'.

Por cierto, la norma 'Schuster debe ser condenado a presidio perpetuo' es, a su vez, implicada lógicamente por la conjunción formada por dicha norma general y la oración declarativa 'Schuster con un disparo causa la muerte de Bauer'.

"Solamente se puede querer lo que se sabe", expresa también Kelsen, procurando justificar su tesis de que una norma individual no puede ser considerada como consecuencia de otra general (56).

Según Kelsen, "se puede suponer que el legislador, queriendo que la persona que, mediante su propia conducta, cause la muerte de otra deba ser condenada a presidio perpetuo, también quiere que quien, por un disparo, cause la muerte de otro deba ser condenado a presidio perpetuo, porque se puede suponer que el legislador sabe que la muerte de una persona puede ser causada por disparo". "Pero no se puede admitir —añade Kelsen— que el legislador quiera que Schuster, que causó la muerte de Bauer por un disparo, deba ser condenado a presidio perpetuo" (57).

Pero la implicación lógica no depende, en verdad, de lo que se suponga sabido por alguien. En el orden de las situaciones objetivas, se da entre determinados estados de cosas, independientemente de si han sido concebidos o no por ciertas personas. Y en el nivel del lenguaje se da entre ciertas oraciones (fórmulas), independientemente de que hayan sido formuladas o no por determinadas personas.

Por cierto, la lógica jurídica formal no excluye el ejercicio de la actividad interpretativa. No es tarea de la lógica determinar el significado de las constantes no-lógicas —v. gr. 'disparo', 'causar', 'muerte'— empleadas en un lenguaje normativo. Tampoco le corresponde averiguar si determinada autoridad ha tenido realmente la intención de usar las constantes lógicas —v. gr. 'y', 'o', 'no', 'todo'— en un sentido apropiado.

Puede decirse, sin duda, que hay legisladores y jueces que no conocen bien el significado de las expresiones que emplean. Pro no se justifica afirmar que las oraciones que emiten tales au-

toridades no son susceptibles de relacionarse mediante implicación lógica. Si puede determinarse mediante interpretación —no teniendo aplicación una norma como el artículo 20 del código civil chileno— la existencia de sentidos especiales, que correspondan a la voluntad real y al uso efectivo de esas autoridades, siempre se podrá aplicar a esas oraciones, así interpretadas, los criterios de la lógica, para conocer las relaciones lógicas que se den entre ellas o entre algunas de ellas y las de otros legisladores o jueces.

Tampoco se justifica, sin duda, considerar que la implicación lógica no puede darse entre normas puestas por distintas autoridades. Kelsen, sin embargo, expresa que, desde un punto de vista psicológico, “debe observarse” que el acto de voluntad del juez, cuyo sentido es la norma individual, “no puede ser implicado por el acto de voluntad cuyo sentido es la premisa mayor, porque es un acto de voluntad de otra persona”⁽⁵⁸⁾.

15

La lógica (formal) no es una rama de la psicología. A ella no le corresponde conocer procesos psíquicos.

Como el propio Kelsen admite, “el concepto ‘causar la muerte de otro por medio de un disparo’ está contenido en el concepto ‘causar la muerte de otro mediante conducta propia’”⁽⁵⁹⁾. Pero esto es así aun cuando el respectivo legislador —supongamos que es una persona natural y no un conjunto de personas— no haya efectivamente pensado que el primero está contenido en el segundo.

Las normas mismas no son estados mentales ni actos de voluntad. De acuerdo con nuestra terminología, las relaciones lógicas entre normas son relaciones entre oraciones (fórmulas).

Kelsen suele, sin duda, usar ‘norma’ para referirse a situaciones objetivas: significados o sentidos de actos de voluntad. Pero advierte que tales ‘normas’ “se expresan lingüísticamente en oraciones” y que “en esas oraciones pueden presentarse relaciones, como la existente entre antecedente y consecuente; y conceptos, generales e individuales, así como relaciones entre los conceptos”⁽⁶⁰⁾.

Kelsen estima que la lógica es “aplicable a las normas jurídicas y morales” en la medida en que dichas relaciones sean relaciones lógicas⁽⁶¹⁾. Pero considera que “no son aplicables el prin-

cipio de no-contradicción y la regla de inferencia” (de separación o *modus ponens*). A su juicio, a las relaciones entre normas “son aplicables otros principios de la lógica”, relativos “a la subsunción de lo particular en lo general, a la correspondencia de un acto, cuyo sentido es una norma, con la norma que lo autoriza, o a la relación entre antecedente y consecuente normativo”⁽⁶²⁾.

16

Cabe tener presente, por otra parte, que los juristas normalmente consideran como normas vigentes (‘válidas’) tanto a preceptos que han sido ‘puestos’ como a sus consecuencias lógicas (hayan sido o no formuladas).

No resulta, en verdad, conveniente excluir —como hace Kelsen— a las disposiciones ‘no-puestas’ del ámbito de las normas.

El mismo Kelsen habla —como hemos indicado— de una norma general que está “implícita” en otra y que ‘ya vale si vale’ la otra. Según manifiesta asimismo Kelsen, para que entre en vigencia dicha norma ‘implícita’ “no es preciso ningún acto especial de voluntad”⁽⁶³⁾.

También Kelsen expresa: “El mandamiento para omitir el delito (la prohibición del delito) está implícito en la norma que estatuye como debida la sanción (particularmente la pena) condicionada por el delito”⁽⁶⁴⁾.

17

Los planteamientos del último Kelsen sobre derecho y lógica —que no constituyen “el rechazo definitivo de la posibilidad de aplicar la lógica al Derecho”, como expresa exageradamente Losano⁽⁶⁵⁾, ya que admiten la existencia de relaciones lógicas entre normas, a las cuales serían “aplicables otros principios de la lógica”— se dan dentro de un desarrollo de la concepción de ‘norma positiva válida’.

“La validez de una norma positiva —escribía Kelsen en una versión de la primera edición de su *Reine Rechtslehre*— no es otra cosa que el modo particular de su existencia. Una norma positiva existe cuando es válida... Para que una norma positiva exista es preciso que haya sido creada por un acto”⁽⁶⁶⁾.

Habiendo planteado siempre que la 'validez' es el 'modo particular de existencia de una norma' y que, para que "una norma positiva exista", "es preciso que haya sido creada por un acto", Kelsen demoró, en verdad, demasiado, en formular la tesis de su última época, según la cual "la existencia de una norma, que es su validez, no puede resultar lógicamente de la existencia de otra norma, es decir, de la validez de otra norma" (67).

18

Sin duda, si simplemente se asevera que una 'norma inválida' "no existe y *no* es, así, una norma" (68), "no se justificaría construir criterios lógicos de 'validez normativa'" (69). Pero, hemos advertido, "hay otros usos de 'validez'... y conceptos como el sintáctico de teorema o el semántico de satisfacción, que sirven para construir cálculos con expresiones normativas o para proporcionar una interpretación lógica de los mismos" (70).

Por otra parte, cabe tener presente que, aunque se considere que ciertas directivas individuales no son (aún) normas —por no estar (todavía) puestas por la autoridad— es útil aplicar a su respecto criterios lógicos de inferencia, lo que puede hacerse empleando computadores.

"Un caso muy moderno de la aplicación de las leyes lógicas a las normas —expresa Klug, en un pasaje de una carta a Kelsen, de fecha 20 de julio de 1965— es la de la utilización de ordenadores para la aplicación del derecho, tal como ya ocurre en diversos países —también entre nosotros— en el ámbito del derecho impositivo y de los seguros. En esta aplicación mecánica del derecho se programan como premisas oraciones generales de deber ser (normas generales). Tras la introducción de hechos especiales, la máquina proporciona la oración de deber ser dirigida al individuo (norma individual)" (71).

19

En su obra póstuma sobre las normas, Kelsen advierte que, en contra de su tesis —de la no aplicabilidad del principio de contradicción y de la regla de separación a las normas— "se podría objetar: ya que la lógica de enunciados no se refiere a *actos* de pensamiento, de los cuales los enunciados son su sentido, una

lógica de las normas —de existir— no podría referirse a *actos* de voluntad, cuyo sentido son las normas, sino solamente al *sentido* que tienen los actos de voluntad dirigidos a la conducta de otros. Entonces, se podría decir... del contenido de sentido 'todos los ladrones deben ser encarcelados' resulta lógicamente... el contenido de sentido 'el ladrón Schulze debe ser encarcelado'... Con otras palabras: el que las normas sean el sentido de *actos de voluntad* y no de *actos de pensamiento* es, desde el punto de vista de la lógica, irrelevante" (72).

Al respecto, Kelsen afirma: "si dichos contenidos de sentido se expresan en oraciones normativas y si no se comprenden como sentido de actos de voluntad, no son *normas válidas* positivas... El que ambos principios lógicos sean aplicables a los contenidos de sentido en cuestión, sin considerar si son el sentido de reales actos de voluntad, no implica que sean aplicables a las normas, que solamente como contenidos de sentido de reales actos de voluntad son normas positivamente válidas... que se pueda negar la correlación entre deber ser y querer, es sumamente dudoso. Pero, aunque se admita esto como posible, no se puede llegar a suponer que ambos principios lógicos sean aplicables a las normas de la moral o del derecho positivos.. una proposición normativa meramente pensada no es ninguna norma válida de una moral o de un derecho *positivos*, no es norma que obligue, que atribuya derechos o autorice" (73).

20

Kelsen no advierte debidamente que al admitirse la existencia de relaciones de implicación lógica entre 'normas' —concebidas como sentidos o como oraciones directivas— no se usa 'validez' en el sentido kelseniano de 'existencia normativa'.

Tampoco considera que, en rigor, "el significado del acto de voluntad que ordena realizar un cierto estado de conducta, A, es identificable con el significado del acto de pensamiento que piensa que es obligatorio A" (74).

Entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem. No se justifica postular, para el dominio de las entidades designadas por nuestros lenguajes, la existencia de significados o 'sentidos norma-

tivos' que no correspondan también, como significados, a ciertas oraciones enunciativas (no-normativas).

La expresión 'debe ser', usada en una norma, para prescribir, no tiene sentido cognoscitivo. Por consiguiente, si atendemos solamente a las expresiones con sentido cognoscitivo de una norma, como (1) 'Debe ser que Juan pague', cabe atribuirle el mismo significado del enunciado (2) 'Juan paga'. Si decimos, considerando el uso normativo de 'debe ser', que el significado (normativo) de (1) es: que Juan debe pagar (que Juan está obligado a pagar, que es obligatorio que Juan pague), entonces nos referimos a algo que es precisamente el significado de la oración enunciativa (3) 'Es obligatorio que Juan pague', que será verdadera si y sólo si (1) es vigente ('válida').

Sin duda, una implicación lógica puede darse entre directivas que no estén 'puestas' o entre preceptos que no hayan sido 'producidos en la forma determinada por otra norma'. Al jurista y al súbdito le interesarán más, por cierto, las normas puestas que sean vigentes y aquellas no-puestas que sean consecuencias lógicas de normas vigentes puestas.

Procede entender, en verdad, que no sólo las normas puestas pueden imponer obligaciones o conferir derechos. También pueden hacerlo aquellas normas no-puestas que están 'implícitas' en un sistema de normas, o sea, las que resultan ser consecuencias lógicas de conjuntos de normas vigentes puestas.

21

Los planteamientos del último Kelsen constituyen, en cierto sentido, un progreso, dentro de su obra: esclarecen el carácter de la suposición de una norma fundamental, admiten la existencia de conflictos normativos y precisan el uso de 'validez', como sinónimo de 'existencia normativa'.

Pero muestran también un psicologismo inadecuado y una incompreensión de la naturaleza y usos de la lógica formal.

Manifestando desconocimiento de la lógica matemática (lógica) y de sus variadas aplicaciones, en las diversas ciencias y también en el derecho mismo, Kelsen escribe: "Tampoco se considera la llamada *Logística*, la cual realmente es de gran valor para la matemática, pero no tiene ninguna importancia para las de-

más ciencias ni, sobre todo, para la moral y el derecho, como sistemas de normas" (73).

En todo caso, sus últimos escritos sirven, asimismo, para que se advierta la influencia de las cuestiones lógicas en la teoría jurídica y se reconozca a la lógica jurídica formal el puesto que le corresponde, en la constitución, desarrollo y transmisión del saber jurídico.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

1. H. Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen (ATN)*, Manzsche Verlags und Universitätsbuchhandlung, Viena, 1979.
2. Id., *Teoria geral das normas (TGN)*, Fabris, Porto Alegre, 1986.
3. Id., *Reine Rechtslehre*, Deuticke, Viena, 1960, 2ª ed.
4. Id., *Teoria pura del derecho* (trad. de la 2ª ed. en alemán), Unam, México, 1979.
5. Id., "Derogation", en R. A. Newman (ed.), *Essays in jurisprudence in honor of Roscoe Pound*, Bobbs-Merrill, Indianápolis, 1962, pp. 339 y ss.
6. Id., "Die Funktion der Verfassung", *Forum* 11, 1964, pp. 583-586.
7. Id., "Recht und Logik", *Forum* 12, 1965, pp. 421-425 y 495-500.
8. Id., *TGN*, cit., p. 328 (*ATN*, p. 206).
9. *Ibid.*, p. 329 (*ATN*, p. 207).
10. H. Kelsen, "La función de la constitución", en E. E. Mari *et al.*, *Derecho y psicoanálisis. Teoría de las ficciones y función dogmática*, Hachette, Buenos Aires, 1987, p. 86.
11. *Ibid.*
12. H. Kelsen, *TGN*, cit., p. 329 (*ATN*, p. 207).
13. R. Walter, *La estructura del orden jurídico*, Temis, Bogotá, 1984, pp. 8-9.
14. H. Kelsen, *TGN*, cit., p. 329 (*ATN*, p. 207).
15. M. Manson, "La teoría pura del derecho y la lógica jurídica formal", *Revista de Ciencias Sociales* 6, 1974, pp. 55-67. (Fe de erratas: misma rev., 17, 1980, p. 47).
16. Id., *Kelsen y la lógica jurídica formal*, Edeval, Valparaíso, 1984, p. 131.
17. *Ibid.*, p. 198.
18. H. Kelsen, *TGN*, cit., p. 159 (*ATN*, pp. 100-101).
19. *Ibid.*, pp. 160-163 (*ATN*, pp. 101-103).
20. *Ibid.*, p. 162 (*ATN*, p. 103).
21. H. Kelsen, *Teoria pura del derecho* (trad. 2ª ed.), cit., p. 215.
22. Id., *Teoria pura del derecho* (trad. de la ed. en francés de 1953), Eudeba, Buenos Aires, 1970, 9ª ed., p. 9.
23. *Ibid.*, pp. 9 y 11.
24. *Ibid.*, p. 11.
25. *Ibid.*, pp. 11-12.

26. H. Kelsen, *Principios de derecho internacional público*, El Ateneo, Buenos Aires, 1965, p. 346.
27. Id., *Teoría pura del derecho* (trad. 2ª ed.), cit., p. 331.
28. Id., *Teoría pura del derecho* (trad. ed. en francés), cit., p. 207.
29. Ibid.
30. Ibid., p. 205.
31. H. Kelsen, "Una teoría 'realista' y la teoría pura del derecho", en Kelsen, *Contribuciones a la teoría pura del derecho*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1969, p. 17.
32. M. Manson, "La teoría pura del derecho y la lógica jurídica formal", cit., p. 64.
33. H. Kelsen, *TGN*, cit., pp. 281 y 282 (*ATN*, pp. 177 y 178).
34. Ibid., p. 276 (*ATN*, p. 174).
35. Ibid., p. 277 (*ATN*, p. 174).
36. Ibid., pp. 214-215 (*ATN*, p. 136).
37. Ibid., pp. 216-217 (*ATN*, p. 137).
38. H. Kelsen, *Teoría pura del derecho* (trad. 2ª ed.), cit., p. 232.
39. G. Kalinowski, "Sobre la significación de la deontica para la filosofía moral y jurídica", en Kalinowsky, *Lógica de las normas y lógica deontica. Posibilidad y relaciones*, Universidad de Carabobo, Valencia (Venezuela), 1978, p. 27.
40. M. Manson, "Kelsen and the logic of law", en S. Panou, G. Bozonis, D. Georgas, P. Trappe (eds.), *Theory and systems of legal philosophy*, Steiner, Stuttgart, 1988, p. 58.
41. H. Kelsen, *TGN*, cit., p. 244 (*ATN*, p. 154).
42. M. Manson, *Kelsen y la lógica jurídica formal*, cit., p. 142.
43. Id., "Kant, Kelsen y la lógica jurídica formal", *Revista de Ciencias Sociales* 20, 1982, pp. 403-415. (Errata: en p. 405, l. 32, en lugar de 'l' seguido por '4' debe figurar '4' seguido por 'l').
44. Id., *Kelsen y la lógica jurídica formal*, cit., p. 143.
45. Ibid.
46. H. Kelsen, *TGN*, cit., p. 244 (*ATN*, p. 154).
47. H. Kelsen, "Law and logic", en Kelsen, *Essays in legal and moral philosophy*, Reidel, Dordrecht, 1973, p. 246.
48. Ibid., pp. 243, 249, 243 y 242-243.
49. Ibid., p. 247.
50. H. Kelsen, *TGN*, cit., p. 340 (*ATN*, pp. 213-214).
51. Ibid., (*ATN*, p. 214).
52. Cf., M. Manson, "Kelsen and the logic of law", cit., p. 58.
53. H. Kelsen, *TGN*, cit., pp. 319-320 y 321 (*ATN*, pp. 201 y 202).
54. Ibid., pp. 319 y 320 (*ATN*, p. 201).
55. Ibid., p. 320 (*ATN*, p. 201).
56. Ibid., (*ATN*, p. 201).
57. Ibid.
58. Ibid., p. 472, n. 161 (*ATN*, p. 337, n. 161).
59. Ibid., pp. 319-320 (*ATN*, p. 201).

60. Ibid., p. 244 (*ATN*, p. 154).
61. Ibid.
62. Ibid., pp. 343 y 344 (*ATN*, p. 216).
63. Ibid., p. 320 (*ATN*, p. 201).
64. Ibid., p. 366, n. 19 (*ATN*, p. 235, n. 19).
65. M. G. Losano, "La teoría pura del derecho: del logicismo al irracionalismo", *Doxa* 2, 1985, pp. 55-85.
66. H. Kelsen, *Teoría pura del derecho* (trad. de ed. en francés), cit., p. 35.
67. Id., *TGN*, cit., pp. 295-296 (*ATN*, p. 186).
68. Id., "Law and logic", cit., p. 230.
69. M. Manson, "Derecho y lógica formal", *Archivos Latinoamericanos de Metodología y Filosofía del Derecho* 2, 1981-1985, pp. 30-34.
70. Ibid., p. 32.
71. U. Klug, "Acerca de la 'teoría pura del derecho' y la lógica jurídica", *Informatica e Diritto* 9 (2), 1983, pp. 269-277.
72. H. Kelsen, *TGN*, cit., pp. 321-322 (*ATN*, p. 202).
73. Ibid., pp. 322-323 (*ATN*, pp. 202-203).
74. M. Manson, "Kelsen and the logic of law", cit., p. 59.
75. H. Kelsen, *TGN*, cit., p. 241 (*ATN*, p. 152).