

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL / N° 11 / 1993

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

1993

RECUERDO DE JORGE MILLAS



SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



ANUARIO DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL
1993

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL.
ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL Nº 11
1993

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de las Facultades y Escuelas de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, Universidad de Valparaíso, Universidad de Concepción, Universidad Diego Portales, Universidad Adolfo Ibáñez, Universidad Andrés Bello, Universidad Finis Terrae, Universidad de Las Condes, Universidad Católica del Norte y Universidad de Talca.

ISSN — 0716 — 7881

Diseño gráfico: Allan Browne Escobar.

Impreso en EDEVAL,
Errázuriz 2120 - Valparaíso.

ANUARIO DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL
1993

RECUERDO
DE JORGE MILLAS

SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO

(1991 - 1993)

Antonio Bascuñán Valdés, Jorge Correa Sutil, Andrés Cuneo Macchiavello, Jesús Escandón Alomar, Fernando Quintana Bravo, Nelson Reyes Soto, Agustín Squella Narducci, Juan Enrique Serra H. y Hugo Tagle Martínez.

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.

En la asamblea general de socios correspondiente a 1993, se eligió al siguiente nuevo Directorio por el período 1993-1995: Antonio Bascuñán, Jorge Correa, Jesús Escandón, Pedro Gandolfo, Fernando Quintana, Nelson Reyes, Juan Enrique Serra, Agustín Squella y Aldo Valle.

PRESENTACION

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social presenta su Anuario de Filosofía Jurídica y Social N° 11, correspondiente a 1993.

Hemos titulado este nuevo número del Anuario "Recuerdo de Jorge Millas", puesto que en 1992 se cumplieron diez años de la muerte del destacado filósofo chileno, socio fundador en 1981 de nuestra Sociedad e integrante de su primer directorio. Con ese motivo, en el mes de abril de 1992, la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, en conjunto con la Universidad de Chile, organizaron un acto en memoria de Jorge Millas, que tuvo lugar en el Salón de Honor de esa casa de estudios superiores. Intervinieron en ese acto el Rector de la mencionada universidad, Jaime Lavados, el presidente de nuestra Sociedad, y el filósofo y profesor Humberto Giannini.

La primera sección del presente Anuario reproduce precisamente el texto de las tres intervenciones antes aludidas.

Sigue luego una sección de Estudios, en la que el lector podrá encontrar diversos trabajos de interés.

La sección denominada Documentos reproduce un trabajo del sacerdote y profesor de Filosofía del Derecho, Rafael Gandolfo, quien impartió la asignatura en la Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso. Rafael Gandolfo estuvo también vinculado hasta su desaparecimiento al Instituto de Filosofía de esa misma universidad. A continuación se reproduce un comentario del profesor Ismael Bustos a tres obras de Ronald Dworkin. Se incluye también la versión escrita de las palabras pronunciadas por el presi-

dente de nuestra Sociedad, Agustín Squella, con motivo de conferirse a Ronald Dworkin, en diciembre de 1993, la calidad de Socio Honorario de la corporación. En esta misma sección se agrega un trabajo del profesor Manuel de Rivacoba y Rivacoba, sobre Violencia y Justicia.

Se incluye una Sección titulada In Memoriam, con un trabajo del profesor José F. Palomino M.

El volumen concluye con la sección Recensiones, en la que se contiene una importante cantidad de reseñas de libros de evidente interés.

Este y los restantes números del Anuario de Filosofía Jurídica y Social pueden ser solicitados a la Casilla 211-V, Valparaíso, Chile.

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social
Abril de 1994

EN RECUERDO DE JORGE MILLAS

ESTUDIOS

LA DOCTRINA KELSENIANA
DE LA VALIDEZ NORMATIVA
ANTE EL TRIBUNAL DE LA LOGICA

MANUEL MANSON

A. Validez y 'norma fundamental'.

1. Según expresara Kelsen en la segunda edición de *Reine Rechtslehre*, "sólo mediante la presuposición de la norma fundante básica se hace posible interpretar el sentido subjetivo de los actos constituyentes, y de los actos realizados conforme con la constitución, como su sentido objetivo, es decir, interpretarlos como normas objetivamente válidas" (*Teoría pura del derecho*, trad. por R. Verengo, UNAM, México, 1981, 1ª reimp., p. 209).

Pero, en su artículo sobre la función de la constitución, debió reconocer: "la suposición de una norma básica —como por ejemplo, la norma básica de un orden religioso moral: 'Deben ser obedecidos los mandamientos divinos' o la norma básica de un orden legal: 'Debemos comportarnos como lo indica la constitución históricamente primera'— contradice no sólo a la realidad, ya que no existe una norma tal como sentido de un acto de voluntad real, sino que ella además es autocontradictoria, dado que representa la autorización de la autoridad moral o legal más elevada, partiendo de esta manera de una autoridad —por cierto que sólo fingida— situada aún por

encima de esa autoridad" ("La función de la constitución", en E. E. Marí y otros, *Derecho y psicoanálisis. Teoría de las ficciones y función dogmática*, Hachette, Buenos Aires, 1987, p. 86).

Como hemos planteado reiteradamente, la ciencia jurídica debe prescindir del recurso de fingir una norma fundante básica.

2. En *Problemas capitales de la teoría jurídica del estado* (Porrúa, México, 1987) Kelsen declaró: "carece de todo interés jurídico el problema del fundamento o razón de la validez" (p. 306).

Más tarde Kelsen relacionará 'deber ser' y 'validez' con 'fundamento de validez', al introducir el enfoque de tipo dinámico, concebido por Adolf Merkl, e incorporar el concepto de "norma fundamental considerada como la Constitución en sentido lógico-jurídico", desarrollado por Alfred Verdross (cf. "Prólogo a la segunda edición", en *Problemas capitales de la teoría jurídica del estado (Hauptprobleme)*, cit., p. XLVIII).

Así, en *Teoría general del derecho y del estado* (UNAM, México, 1969, 3ª ed.), por ejemplo, Kelsen dice: "Una norma jurídica es válida en cuanto ha sido creada de acuerdo con determinada regla y sólo por ello. La norma fundamental de un orden jurídico es la regla suprema de acuerdo con la cual los preceptos de tal orden son establecidos y anulados, es decir, adquieren y pierden su validez" (p. 133).

3. Cuando Kelsen usa la expresión 'norma fundamental' (o 'norma básica') intenta referirse a una norma y no a un enunciado sobre normas.

Los siguientes pasajes son ilustrativos:

a) Se prescribe que debe uno conducirse en la forma en que lo ordenaron el individuo o los individuos que establecieron la primera Constitución. Esta es la norma fundamental del orden jurídico en cuestión (*Teoría general del derecho y del estado*, cit., p. 135).

b) El juicio de valor según el cual la creación de la primera constitución es un acto lícito significa que los hombres que la crearon estaban autorizados por una norma determinada para crearla ("Los juicios de valor en la ciencia del derecho", en Kelsen, *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Editora Nacional, México, 1979, p. 257).

No tiene, pues, razón Carlos S. Nino cuando, procurando in-

terpretar a Kelsen, afirma: "la norma básica es un juicio de validez; es el juicio de validez primitivo que formulan los juristas, en el cual deben basarse todos los otros juicios sobre la validez de las normas cuya creación es directa o indirectamente autorizada por la constitución" (*La validez del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1985, p. 12).

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

Según afirma Kelsen en "La teoría pura del derecho y la jurisprudencia analítica", "una norma jurídica es válida porque ha llegado a existencia de la manera prescripta por otra norma" (en Kelsen, *La idea del derecho natural y otros ensayos*, cit., p. 229).

Pero a Kelsen no le basta, en verdad, que haya 'otra norma'. Ella debe ser también 'válida'. En uno de sus trabajos escribe:

"El sentido subjetivo de un acto humano intencionalmente dirigido a un determinado comportamiento de otro hombre... se... interpreta como su sentido objetivo, y la norma, que es su sentido subjetivo, sólo es considerada como norma válida, obligatoria para sus destinatarios, cuando: a) el acto cuyo sentido objetivo es la norma (que llamaremos acto A1) está determinado como debido en otra norma, la que a su vez es el sentido subjetivo del acto A2 que está dirigido intencionalmente al acto A1; y b) cuando el sentido subjetivo del acto A2 es también interpretado como su sentido objetivo" ("El concepto de orden jurídico", en Kelsen, *Contribuciones a la teoría pura del derecho*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1969, p. 94).

La 'norma fundamental' misma se supone que es 'válida'.

"A diferencia de la norma jurídica positiva —expresa Kelsen— la básica no es válida porque sea creada de cierto modo por un acto jurídico, sino porque se supone que es válida; y tal suposición se hace porque, sin ella, ningún acto humano podría ser interpretado como acto creador de normas jurídicas" (*Teoría general del derecho y del estado*, cit., p. 137).

5. Kelsen afirma: "Sólo la hipótesis de una norma fundamental permite conferir un sentido jurídico a los materiales empíricos que se presentan al examen del jurista y considerarlos como formando un sistema de normas" (*Teoría pura del derecho*, trad. de la ver-

sión en francés de 1953 por M. Nilve, Eudeba, Buenos Aires, 1970, 9ª ed., p. 139).

Kelsen asevera, asimismo, que la 'norma fundamental' es "supuesta, en tanto condición de toda instauración jurídica, de todo procedimiento jurídico-positivo" (*La teoría pura del derecho*, trad. de J. Tejerina, Losada, Buenos Aires, 1941, pp. 99-100).

Según dice Kelsen, "la teoría pura del derecho utiliza la idea de *norma fundamental* como presuposición hipotética de todo conocimiento jurídico" (*¿Qué es la teoría pura del derecho?*, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba (Argentina), 1958, pp. 20-21).

6. "Tenemos que postular una norma semejante —expresa Kelsen— a fin de poder afirmar la 'existencia' de las normas jurídicas positivas" ("Los juicios de valor en la ciencia del derecho", cit., p. 257).

"Toda la función de esa norma básica —escribe Kelsen— consiste en conferir el poder creador de derecho al acto del primer legislador y a todos los demás actos en él basados. Interpretar tales actos como jurídicos y el producto de tal actividad como normas obligatorias, es decir, interpretar jurídicamente el material empírico que se presenta como derecho, sólo es posible a condición de que la norma básica se presuponga como válida. Esta última es el presupuesto necesario de toda interpretación positivista del material jurídico" (*Teoría general del derecho y del estado*, cit., pp. 136-137).

7. Sin embargo, cabe tener presente que en uno de sus últimos estudios (1965) Kelsen afirma: "La función de la norma básica no es permitir que se considere como derecho a un orden coercitivo que es en general eficaz, puesto que —de acuerdo a la definición proporcionada por la Teoría Pura del Derecho— un orden *jurídico* es un orden coercitivo que es en general eficaz; la función de la norma básica es permitir que se considere a este orden coercitivo como *objetivamente válido*" ("El profesor Stone y la teoría pura del derecho", en Kelsen, *Contribuciones a la teoría pura del derecho*, cit., p. 70).

En el mencionado trabajo, refiriéndose a planteamientos de la *Teoría general del derecho y del estado* (citados en la parte final del párrafo anterior), Kelsen declara que cuando "afirma que la norma básica confiere 'poder de creación de derecho' al primer legisla-

dor histórico y permite 'interpretar como derecho el material empírico que se presenta como tal'", "entendía por 'derecho' normas objetivamente válidas" (op. cit., p. 71).

El mismo Kelsen expresa asimismo: "Un comunista puede, efectivamente, no admitir que exista diferencia esencial entre una organización de bandoleros y un orden jurídico capitalista que él considera como un medio para una explotación despiadada. Porque él no presupone —a diferencia de quienes interpretan el orden jurídico en cuestión como normativo y objetivamente válido— la norma básica. El no niega que el orden capitalista coercitivo es el derecho del Estado. Lo que niega es que este orden coercitivo, el derecho del Estado, sea objetivamente válido" (op. cit., p. 70).

8. En verdad, mucho antes de ofrecer su 'ejemplo del comunista', Kelsen había expresado en "Los juicios de valor en la ciencia del derecho" (pp. 260-261):

El sistema de normas que llamamos un ordenamiento jurídico es un esquema posible, pero no necesario, de interpretación. Un anarquista no aceptaría hablar de conducta 'jurídica' y 'antijurídica', de 'obligaciones jurídicas', de 'derechos subjetivos' o de 'entuentos'. Entenderá la conducta social meramente como un proceso en el que uno fuerza a otro a comportarse de acuerdo con sus deseos e intereses. El anarquista rechazará la teoría normativa del valor y sólo aceptará la teoría del interés. Se rehusará, en suma, a presuponer la norma básica que prescribe que uno debe comportarse de acuerdo con el sentido implícito en determinados actos humanos.

9. Como fácilmente se advierte, al leer el texto citado en el párrafo precedente, el 'anarquista de Kelsen' no habla de conducta 'jurídica' o 'antijurídica'. ¿Por qué?

La respuesta es sencilla: Porque el propio Kelsen caracteriza como derecho a un 'orden coercitivo' concebido con carácter 'normativo' e identifica la existencia de las normas con su validez.

En la segunda edición de su *Reine Rechtslehre*, por ejemplo, Kelsen declara: "De lo dicho resulta que un orden jurídico, aunque de ninguna manera todas sus normas estatuyan actos coactivos, puede con todo ser caracterizado como un orden coactivo, en cuanto todas las normas que de por sí no estatuyen actos coactivos, y que, por tanto, no imponen obligaciones, sino que sólo facultan o

permiten positivamente la producción de normas, son normas no independientes que sólo valen en conexión con una norma que estatuye un acto coactivo" (*Teoría pura del derecho*, trad. de R. Vernengo, cit., p. 70).

Para la concepción kelseniana del derecho, éste es un 'orden normativo, objetivamente válido'.

El mismo Kelsen, con posterioridad a la publicación de la segunda edición de *Reine Rechtslehre*, afirma: "la validez no es propiedad de la norma, sino su existencia, su específica existencia ideal. Que una norma es válida significa que está presente. Que no es válida significa que está ausente. Norma inválida es la que no existe y no es, así, una norma" ("Law and logic", en Kelsen, *Essays in legal and moral philosophy*, Reidel, Dordrecht, 1973, p. 230).

10. Como el propio Kelsen manifestó, la "preocupación primordial" de *Hauptprobleme* "estriba evidentemente en dejar bien sentada la *objetividad de la validez*" ("Prólogo a la segunda edición", cit., p. XLI).

"Lo que primordialmente interesaba, en la obra que prologamos —expresa Kelsen— era el dejar bien sentado que *el derecho se rige por leyes propias*, frente a la *naturaleza* o a cualquier realidad social determinada por los criterios de la naturaleza" (p. XL).

"He aquí —añade Kelsen— por qué la presente obra toma como punto de partida la *fundamental antinomia entre el ser y el deber ser*" (p. XL).

11. ¿Olvida acaso Kelsen, en su respuesta a Julius Stone, que en su doctrina, desde un principio, la 'objetividad de la validez' equivale a que 'el derecho se rige por leyes propias, frente a la naturaleza o a cualquier realidad social determinada por los criterios de la naturaleza'?

¿Olvida también Kelsen que ya en *Hauptprobleme* distingue entre 'naturaleza' y 'norma', adoptando como 'punto de partida' la idea de una 'fundamental antinomia entre el ser y el deber ser'?

Precisamente en *Hauptprobleme* Kelsen afirma: "La jurisprudencia, la ciencia del derecho, figura, decimos, entre las disciplinas normativas... El carácter normativo de la jurisprudencia se manifiesta... desde el punto de vista positivo, por cuanto que versa sobre normas" (p. 6).

12. Kelsen parece no advertir que resulta más bien propio de una concepción mágica primitiva suponer que por la sola fuerza de una 'norma supuesta' adquiere 'poder creador de derecho (válido)' un primer constituyente y se convierte un 'orden coercitivo' en 'normativo y objetivamente válido', diferenciándose así, 'esencialmente', de una organización de bandoleros.

No sin razón Enrico Pattaro escribe: "Por encima de la Constitución no existe otra norma, todavía más general, que la convierta en válida... Se presupone, entonces, una *Grundnorm*, una norma fundamental; se simula que los legisladores constituyentes tuvieron, en base a la norma fundamental presupuesta, el poder de emanar una Constitución. Se supone que la Constitución sea válida para salvar la validez de todas las normas que derivan de ella, de la misma forma en que se supone que el fundador de la dinastía fuese un aristócrata para salvar la nobleza de sus descendientes" (*Elementos para una teoría del derecho*, Debate, Madrid, 1986, p. 78).

Muy distinto al de Kelsen fue, sin duda, el enfoque de san Agustín, quien su *Civitas Dei* agudamente expresó: "¿Qué son los reinos sin justicia sino grandes bandas de ladrones? ¿No son acaso las bandas de ladrones pequeños reinos?" (cf. "The city of God", en R. M. Hutchins (ed.), *Great books of the western world*, vol. 18, Enciclopedia Britannica, Inc., Chicago, 1952, IV, 4).

13. Por cierto, de acuerdo con la doctrina de la 'norma fundamental', el 'poder creador' termina dependiendo de quienes se proponen conocer el derecho.

A juicio de Kelsen, "no es necesario presuponer esta norma fundamental" ("Los juicios de valor en la ciencia del derecho", cit., p. 260).

"Decir que la norma fundamental de un orden jurídico positivo sólo puede ser presupuesta, pero no que tenga que ser presupuesta —escribe Kelsen— significa que pueden interpretarse las relaciones que interesan entre los hombres, como obligaciones, facultamientos, derechos, competencias, etcétera, constituidos mediante normas jurídicas objetivamente válidas, pero que no es necesario interpretarlos así" (*Teoría pura del derecho*, trad. de R. Vernengo, cit., p. 229).

Según Kelsen, cabe también interpretarlas así: "incondicionalmente, es decir, sin presuponer la norma fundamental básica, como

relaciones de poder, como relaciones entre hombres que mandan, y hombres que obedecen o que no obedecen" (op. cit., p. 229).

14. Pero, ¿qué se gana mediante la 'interpretación que presupone la norma fundante básica'?

¿Sirve tal interpretación para poder conocer nuevos hechos o para perfeccionar la organización de un sistema de conocimientos?

¿No es verdad que sólo proporciona la ilusión de acceder a un 'orden normativo objetivamente válido', a un 'orden del deber ser' divorciado del 'orden del ser'?

15. En nuestro estudio "La teoría pura del derecho y la lógica formal" ya hemos manifestado: "Para describir el derecho de una determinada comunidad no es menester suponer la validez de una 'norma fundamental'; tampoco se requiere aceptar o aprobar dicho ordenamiento, para conocerlo" (*Revista de Ciencias Sociales* 6, 1974, pp. 55-67).

"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 —hemos escrito— que están vigentes y que, por consiguiente, las conductas ordenadas por ellas son obligatorias" (*Kelsen y la lógica jurídica formal*, Edeval, Valparaíso, 1984, p. 131).

16. Criticando la concepción de Kelsen, Alf Ross expresa:

Hay que hacer notar que el presupuesto de que la norma fundamental proporciona validez al sistema fáctico es atribuido por Kelsen al llamado 'pensamiento jurídico'. El presupuesto es únicamente revelado —y aceptado— por la ciencia del derecho. El 'pensamiento jurídico' se refiere, supongo, a las ideas y creencias comúnmente sustentadas por los juristas. El 'pensamiento jurídico', sin embargo, no es una guía digna de confianza para el análisis lógico. Puede ser, y es muy probable en el campo del derecho y de la moral, que la manera corriente de 'pensar' esté saturada de conceptos ideológicos que reflejan experiencias emocionales pero que carecen de toda función en la descripción de la realidad, que es la misión de la ciencia jurídica. (Cf. "El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural", en Ross, *El concepto de validez y otros ensayos*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1969, p. 29).

17. Pero el propio Kelsen expuso también una concepción distinta de la justamente criticada por Ross.

En su ensayo "Ciencia y política", publicado el año 1951 en *American Political Science Review*, Kelsen atinadamente asevera: "Afirmar la validez de una norma fundamental no positiva de un orden legal positivo sobrepasa los límites de una ciencia que tiene por objeto el orden legal positivo" (en H. Kelsen, *¿Qué es justicia?*, Ariel, Barcelona, 1991, p. 267).

Refiriéndose a la 'norma fundamental', el Kelsen de "Ciencia y política" afirma: "Sólo la presuponen aquellos que quieren interpretar como relaciones legales, o como relaciones determinadas por normas legales, ciertas relaciones humanas" (p. 265).

Según entiende entonces Kelsen, la ciencia jurídica "no puede presuponer que estas normas fundamentales son válidas" (p. 267).

18. En su ensayo intitulado "La autodeterminación del derecho", Kelsen escribe: "La orden del Tribunal se diferencia de la orden del gangster... por la razón de que este último no se encuentra facultado como el primero por una ley jurídica. El sentido subjetivo de ambos mandatos es el mismo: que alguien debe entregar una determinada suma de dinero. Pero el sentido subjetivo del acto judicial viene a ser también su sentido objetivo, es decir, constituye una norma objetiva, obligatoria y válida. Mientras que el acto del gangster no posee este sentido objetivo, los individuos a quienes el mandato del Tribunal está dirigido deben acatarlo, no solamente de acuerdo con el sentido subjetivo de dicho acto, sino también en su sentido objetivo, ya que dicho mandato vale como norma obligatoria, y se cometería un acto antijurídico, se lesionaría una norma, en caso de no hacerlo. El sentido objetivo de norma individualizada válida le es conferido al acto judicial por medio de la Ley que le otorga ese poder" (*Revista de Ciencias Sociales* 6, 1974, pp. 409-417).

Pero el individuo a quien Kelsen califica de gangster podría decir: 'El sentido subjetivo de mi orden viene a ser también su sentido objetivo, es decir, constituye una norma objetiva, obligatoria y válida, ya que ha sido expedida de acuerdo con una ley de nuestra Hermandad. Esta ley, a su vez, está de acuerdo con las disposiciones de nuestra actual constitución, históricamente primera. Se pre-

supone el deber de comportarse de conformidad con esta constitución.

B. Validez y competencia.

1. En *Teoría general del derecho y del estado* (p. 106), Kelsen manifiesta:

la conducta humana, en cuanto regulada por las normas del derecho, consta de dos elementos: uno material y otro personal, es decir, aquello que debe ser hecho u omitido, y el sujeto que debe hacerlo u omitirlo. Al hacer del comportamiento humano una condición o una consecuencia jurídica, la norma de derecho determina los dos citados elementos. La relación que la norma jurídica establece entre el elemento personal y el material es lo que en la terminología francesa y alemana se llama 'competencia', tomado el término en su sentido más general. Decir que un individuo es 'competente' para ejecutar determinado acto, significa que dicho acto sólo tiene la calidad de supuesto jurídico o de consecuencia de derecho cuando es realizado por ese individuo. Inclusive el acto antijurídico presupone la 'competencia', en el sentido más general de la palabra, del autor de dicho acto. No todo ser puede cometer actos antijurídicos.

Kelsen escribe asimismo, en la mencionada obra (pp. 106-107):

Es verdad que el término 'competencia' se toma ordinariamente en un sentido más estricto. Por lo general se habla sólo de competencia para realizar determinadas acciones, no de competencia en relación con omisiones. Además, el término se usa solamente para designar la capacidad jurídica de ejecutar acciones distintas de los actos antijurídicos, y en virtud de las cuales son creadas las normas del derecho. Se dice que el Parlamento es 'competente' para expedir una norma. Pero esta forma de expresión no implica sino el hecho de que determinada conducta de los individuos que forman el Parlamento tiene, de acuerdo con el orden jurídico, el carácter de función legislativa, por lo cual tales individuos son capaces de hacer leyes. Se afirma que el juez es competente para dictar sentencias. Esto significa que cierta conducta de determinado individuo es

considerada por el orden jurídico como función judicial y que, por ello mismo, ese individuo es capaz de resolver las controversias sometidas a su conocimiento.

2. En su caracterización del concepto de competencia, Kelsen considera al uso del lenguaje, en su función definitoria. Así, entiende que decir que el juez es competente para dictar sentencias significa que la dictación de sentencias es una función del juez.

Alchourrón y Bulygin, a su vez, expresan que en las 'reglas que confieren potestades' hay "un ingrediente que no se deja reducir a reglas de conducta (que ordenan, prohíben o permiten), sino que pertenece a la categoría de las reglas conceptuales o determinativas, es decir, definiciones" ("Definiciones y normas", en *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 462-463).

En su estudio "Sobre las normas de competencia", Bulygin dice que las llamadas 'reglas de competencia' "no imponen obligaciones o prohibiciones, sino que definen las formas en que se hacen los contratos, los testamentos o los matrimonios para que éstos sean jurídicamente válidos, o las condiciones y los límites dentro de los cuales es válida una decisión de una autoridad jurídica" (*Análisis lógico y derecho*, cit., p. 490).

Como planteamos en "Hart, la filosofía analítica, el derecho y la lógica formal", 'reglas' de este jaez, en un ordenamiento jurídico, son "oraciones que pueden ser sólo definiciones legales" (*Revista de Ciencias Sociales* 28, 1986, pp. 155-202).

Por cierto, las definiciones, aunque sean legales, directamente sólo sirven para determinar el uso de las expresiones de un lenguaje. Por esto, una 'competencia establecida mediante definición' se garantiza normativamente, sancionando a quienes sin tenerla se la arroguen.

3. Pero una competencia puede, sin embargo, ser determinada no mediante definición, sino en virtud de una regla de conducta, que ordene, por ejemplo, cumplir las prescripciones dictadas de acuerdo con cierto procedimiento por tal o cual conjunto de personas.

Joseph Raz atinadamente expresa: "Los poderes para crear normas de mandato pueden ser considerados como conferidos por

normas de mandato de una clase especial a la que llamaré normas de obediencia. Estas son normas que exigen que sus sujetos normativos obedezcan al titular del poder si y cuando éste ejercita su poder" (*Razón práctica y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 120).

Cabe tener presente que Ross afirma en *Directives and norms*: "Las normas de competencia son lógicamente reducibles a normas de conducta de esta manera: las normas de competencia hacen obligatorio actuar de acuerdo con las normas de conducta que han sido creadas de acuerdo con el procedimiento establecido por ellas" (Routledge & Kegan Paul, Londres, 1968, p. 118).

4. Aun el mecanismo de las normas permisivas puede servir para conferir competencia, al relacionarse, por ejemplo, con disposiciones sancionatorias, como "Todo el que ejerza actos de autoridad pública sin estar legalmente autorizado para ello será sancionado con reclusión menor en su grado máximo".

Bulygin, sin embargo, ha escrito: "La idea de que las normas de competencia son normas permisivas es difícilmente conciliable con la práctica jurídica. Si las normas de competencia son permisivas, entonces la prohibición de hacer uso de la competencia otorgada por esas normas generaría una contradicción; sin embargo, los juristas no dirían que hay aquí un conflicto o una contradicción entre normas" ("Sobre las normas de competencia", cit., p. 489).

Pero los juristas no hablan de conflicto o contradicción en la medida en que pueden atribuir a la prohibición la función de limitar el alcance de la permisión (así como tampoco hablan de conflicto o contradicción cuando pueden atribuir a un permiso la función de limitar el alcance de una prohibición).

La conjunción de las tres oraciones siguientes:

- 1) Los jueces letrados no pueden patrocinar demandas;
 - 2) Los jueces letrados son abogados; y
 - 3) Los abogados pueden patrocinar demandas;
- es, sin duda, una fuente de contradicciones, sea que 1) y 3) se interpreten como normas, o como enunciados. De esta conjunción se deduce:

4) Los jueces letrados no pueden patrocinar demandas y los jueces letrados pueden patrocinar demandas.

Un jurista cuidadoso no usará, pues, tal conjunción, como enunciado. Y procurará dilucidar, considerando el sentido del ordenamiento, si una parte vigente es dicha conjunción, o lo es, en cambio, la oración conjuntiva:

5) Los jueces letrados no pueden patrocinar demandas; los jueces letrados son abogados; y los abogados que no son jueces letrados pueden patrocinar demandas, la cual no es fuente de contradicciones.

5. A juicio de Kelsen, "la autoridad del constituyente no descansa en la constitución instituida por acto humano, sino en la norma fundamental presupuesta" ("Una teoría 'realista' y la teoría pura del derecho", en Kelsen, *Contribuciones a la teoría pura del derecho*, cit., p. 43).

Ross, a su vez, sostuvo que para cada ordenamiento jurídico existe una autoridad superior "constituida por reglas de competencia que no forman parte del derecho escrito" (*Directives and norms*, p. 96).

"La norma o conjunto de normas que define la competencia de la autoridad suprema puede ser llamada —expresa Ross— la *norma básica* del sistema, la cual necesariamente existe como derecho no-escrito, o lo que podríamos llamar *derecho implícito* o *consuetudinario*" (p. 96).

Ross reanuda este planteamiento en su artículo "On self-reference and a puzzle in constitutional law" (*Mind* 78, 1969, pp. 1-24), en el cual escribe: "Dado que la serie de autoridades no puede ser infinita, se sigue, como inevitable conclusión, que debe haber una autoridad suprema cuya competencia no derive de otra autoridad" (p. 2).

En su artículo, Ross se pregunta cómo podría establecerse la 'existencia jurídica' de las 'reglas de competencia' que 'constituirían' a dicha 'autoridad suprema' (p. 3).

Ross expresa que, como "no son establecidas por ninguna otra autoridad", esas 'reglas' sólo podrían provenir de la misma autoridad suprema, si fuesen 'normas puestas'. Y afirma que tanto la respuesta afirmativa en este sentido, como la que diga que las 'reglas' no constituyen derecho 'puesto' ('positivo'), "parecen inaceptables", siendo las únicas que "parecen posibles" (p. 3).

6. Pero, ¿qué sentido tiene preguntar, por ejemplo, si quienes instituyeron una constitución históricamente primera obraron 'teniendo competencia' para ello?

¿A qué normas debe ajustar su conducta un primer constituyente?

¿Qué utilidad tendría realmente que ese primer constituyente se autoatribuyese competencia, mediante un pronunciamiento al respecto?

Por otra parte, cabe tener presente que en su artículo Ross termina considerando como 'autoridad suprema' a un poder constituyente instituido. Así, entiende que en Dinamarca la 'autoridad suprema' es el poder constituyente establecido por el artículo 88 de su constitución de 1953. Una autoridad semejante tiene, sin duda, una competencia determinada mediante el derecho positivo escrito.

7. 'Competencia' ('competente'), al igual que 'validez' ('válido'), es una expresión que puede ser definida en relación con normas.

En otro lugar hemos escrito: " 'Validez', en uno de sus usos,... podría definirse diciendo: X tiene validez con respecto a Y si y sólo si X está conforme con Y. Si así se hiciera, no cabría atribuir 'validez' a la primera constitución histórica de un sistema L, al estudiarlo prescindiendo de sus relaciones con otros ordenamientos, v. gr., uno calificado de 'derecho natural' " ("La teoría pura del derecho y la lógica formal", cit., p. 60).

Con un criterio parecido puede decirse: No cabe predicar 'competencia' ni 'incompetencia' del soberano originario, cuyas normas son supremas y, como tales, ni 'válidas' ni 'inválidas'.

Sin duda, modificando los conceptos, los juristas podrían convenir en decir: El soberano originario tiene competencia y sus normas son válidas. Pero se trataría de una competencia 'por definición' de los juristas y no en virtud de una 'norma básica'.

C. Validez y reforma constitucional.

1. Según manifiesta Kelsen, "la más rígida de las Constituciones es 'rígida' solamente con respecto al derecho estatuido, no con respecto al consuetudinario" (*Teoría general del derecho y del estado*, cit., p. 308).

"No hay —añade Kelsen— ninguna posibilidad jurídica de evitar que una Constitución sea modificada por la costumbre, aun cuando tenga el carácter de derecho estatuido, es decir, aun cuando sea de las llamadas 'escritas'" (op. cit., p. 308).

El mismo autor, en *Teoría pura del derecho* (trad. de 2ª ed., cit., p. 237), expresa: "Mientras... una norma constitucional, en sentido formal, no puede ser eliminada o enmendada por una ley simple, sino sólo mediante una norma de nivel constitucional, el derecho consuetudinario tiene efecto derogatorio también con respecto de una norma constitucional formal, hasta con respecto de la norma constitucional que expresamente excluya la aplicación del derecho consuetudinario".

Sin embargo, cabe entender que, al ser modificada una constitución escrita rígida por la costumbre, se produce una revolución.

El propio Kelsen escribe: "Una revolución, en el sentido amplio de la palabra, que abarca también el golpe de estado, es toda modificación no legítima de la constitución —es decir, no efectuada conforme a las disposiciones constitucionales" (op. cit., p. 218).

2. Kelsen admite que las disposiciones sobre reforma constitucional pueden ser legítimamente modificadas (cf. *Teoría pura del derecho*, trad. 2ª ed., p. 234).

Ross, en cambio, planteó una tesis negativa, acogida por Hermann Petzold en *Derecho y política: Consideraciones sobre la Enmienda Nº 1 de la Constitución venezolana vigente* (Centro de Estudios de Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad del Zulia, 1975, pp. 32 y ss.).

"En los Estados Unidos —escribe Ross— la autoridad suprema es el poder constituyente instituido por las reglas establecidas en el artículo V de la Constitución. Estas reglas encarnan el más alto presupuesto ideológico del orden jurídico norteamericano, pero no pueden ser consideradas como sancionadas por ninguna autoridad y no pueden ser reformadas por ninguna autoridad" (*Sobre el derecho y la justicia*, Eudeba, Buenos Aires, 1963, p. 79).

3. Ross, en *Sobre el derecho y la justicia*, considera, pues, como 'autoridad suprema' a un 'poder constituyente instituido', que tiene una competencia establecida por la constitución, pero sin que exista "norma superior que determine las condiciones para su sanción y reforma válidas" (p. 79).

Según expresa Ross, la 'autoridad suprema' "tiene que estar forzosamente constituida por normas de competencia que no han sido sancionadas por ninguna autoridad, sino que son presupuestas" (p. 78).

Sin embargo, es innegable que la competencia del poder constituyente instituido es establecida por el soberano originario. En este sentido, las disposiciones correspondientes —v. gr. el artículo 88 de la constitución de Dinamarca o el artículo V de la constitución de los Estados Unidos— son 'puestas' y no 'presupuestas'.

4. A juicio de Ross, no es posible que "una norma determine las condiciones para su propia sanción, incluyendo la manera en que ella puede ser modificada" (op. cit., p. 79).

"Una 'reflexividad' de este tipo, empero, es —dice Ross— una imposibilidad lógica, y generalmente es reconocida como tal por los lógicos. Una proposición no puede referirse a sí misma" (pp. 79-80).

Ross formula además otro argumento: "si el artículo V de la Constitución es reformado en la práctica por un procedimiento que se conforma con sus propias reglas, no es posible considerar al nuevo 'art. V' como derivado del anterior, o como válido en razón de ser derivado del mismo... mediante derivación no puede establecerse una nueva forma que contraría la que le sirve de fuente" (p. 80).

5. Pero la nueva disposición constitucional, creada aplicando un procedimiento establecido en la anterior, no tiene por qué presentarse como la conclusión de una 'derivación lógica', según plantea Ross y admiten, por ejemplo, J. Raz ("Professor A. Ross and some legal puzzles", *Mind* 81, 1972, pp. 415-421), N. Hoerster ("On Alf Ross's alleged puzzle in constitutional law", *Mind* 81, 1972, pp. 422-426) y E. Bulygin ("La paradoja de la reforma constitucional", *Revista de Ciencias Sociales* 25, 1984, I, pp. 329-336).

Como bien dijera Kelsen, en un sistema normativo de naturaleza estática "todas las normas particulares... pueden obtenerse mediante una operación intelectual, es decir, gracias a una inferencia" (*Teoría general del derecho y del estado*, cit., p. 132). Sin embargo, no ocurre lo mismo cuando se trata de un sistema de naturaleza dinámica, como el jurídico.

Ricardo A. Guibourg atinadamente contrasta la inferencia lógica —en la cual la conclusión "está implícita (pero presente por entero)" en las premisas— con la "derivación normativa dinámica", en la cual "la norma derivada no está presente en la derivante sino *en potencia*, como una posibilidad que a partir de un momento dado puede actualizarse" ("La autorreferencia normativa y la continuidad constitucional", en E. Bulygin y otros, *El lenguaje del derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983, p. 194).

No sin razón H. Hart afirmó que "el ejercicio de los poderes legislativos para introducir nuevas normas no constituye una inferencia deductiva" ("Self-referring laws", en Hart, *Essays in jurisprudence and philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 1983, p. 177).

6. Conviene señalar, por otra parte, que el propio Ross, en su ya mencionado artículo "On self-reference and a puzzle in constitutional law" (pp. 11-12), distingue entre 'auto-referencia genuina' y 'auto-referencia espuria'.

A juicio de Ross, mientras la 'auto-referencia espuria' es inofensiva y no es objetable, la 'genuina' deja a una oración sin significado. Según él, la oración que expresa un significado que se refiere a ella misma, en tanto construcción gramatical, o al acto lingüístico, en tanto secuencia de sonidos, es inobjetable, siendo su significado claro.

Pero, como advierte por ejemplo Laurence Goldstein, en "Four alleged paradoxes in legal reasoning" (*Cambridge Law Journal* 38 (2), 1979, pp. 373-391), Ross no logra mostrar que el artículo que establece el procedimiento de reforma constitucional sea una oración con 'auto-referencia genuina'.

El mismo Ross admite, finalmente, en su estudio "On self-reference and a puzzle in constitutional law" (pp. 22-23), que un artículo semejante puede ser reformado legítimamente. Lo hace, eso sí, suponiendo la existencia de una 'norma básica' como la siguiente: 'Obedeced a la autoridad instituida por el artículo 88, hasta que ella designe un sucesor; entonces obedeced a esta última autoridad, hasta que designe un sucesor; y así indefinidamente'.

D. *Validez, 'juicios jurídicos de valor' y 'juicios de justicia'.*

1. Los juicios de valor de la ciencia no se confunden con las valoraciones.

Con razón, H. Rickert distinguió el proceder 'avalorativo' del 'valorativo'.

"La *avaloración* teórica —manifiesta Rickert— permanece en el terreno de la *comprobación de los hechos*; no así la valoración práctica" (*Ciencia cultural y ciencia natural*, Espasa-Calpe, Madrid, 1965, 4ª ed., p. 134).

Al valorar, tomamos posición; al avalorar o evaluar, mediante un juicio de valor, procuramos conocer.

2. Kelsen distingue entre 'juicios jurídicos de valor', que atribuirían a una conducta la calidad de 'jurídica' o 'antijurídica', y 'juicios de justicia', que "se refieren a la ley misma o a la actividad de las personas que la crean" y expresan que "la actividad del legislador o el producto resultante de la misma, la ley, es justa o injusta" ("Los juicios de valor en la ciencia del derecho", cit., p. 241).

Según Kelsen, mientras los 'juicios jurídicos de valor' son "admisibles dentro de una ciencia del derecho", los 'juicios de justicia' no tendrían cabida en ella (op. cit., p. 263).

3. En *Teoría general del derecho y del estado*, refiriéndose a los 'juicios jurídicos de valor', Kelsen escribe (p. 56):

Un juicio jurídico de valor que afirma una relación positiva o negativa entre una conducta humana determinada y una norma jurídica, implica la afirmación de la existencia de dicha norma. Este aserto y, por tanto, el mismo juicio jurídico de valor, pueden ser verificados por medio de los hechos que condicionan la existencia de la norma. En este sentido, el juicio jurídico de valor tiene un carácter objetivo. La existencia del valor de legalidad es objetivamente comprobable.

Y en *Teoría pura del derecho* (trad. de la 2ª ed., p. 35), Kelsen asevera:

En cuanto función cognoscitiva siempre tiene el juicio que ser objetivo; es decir, debe producirse sin consideración del desear y querer de quien enjuicie. Ello es ciertamente posible. Se puede establecer la relación de una determinada conducta humana con un or-

den normativo; es decir: enunciar que esa conducta corresponde, o no, al orden, sin adoptar uno mismo una actitud emotiva frente a ese orden normativo, sea aprobándolo o desaprobándolo.

De acuerdo con el planteamiento recién mencionado, Kelsen expresa (p. 35):

La respuesta a la pregunta de si, conforme al derecho tenido por válido, un homicida debe ser sancionado en la horca, y, por ende, de si en ese derecho, la pena capital para el caso de homicidio es valiosa, puede y tiene que darse sin tomar en consideración si aquel que debe responder aprueba o desaprueba la pena de muerte. Entonces, y sólo entonces, este juicio de valor es objetivo.

4. Sin embargo, en el artículo intitulado "Los juicios de valor en la ciencia del derecho", Kelsen entiende que el jurista, al formular un 'juicio jurídico de valor', efectúa una valoración, o sea, toma posición frente al orden normativo.

En efecto, en dicho estudio Kelsen afirma (p. 244):

El sentido del juicio que dice que alguien se comporta jurídica o antijurídicamente es, en esta teoría normativa, el de que dicha persona se conduce o no, en opinión del que juzga, como debe conducirse. Este juicio de valor es, simultáneamente, un acto de valoración.

Esta peculiar concepción también se expresa en planteamientos relativos a la 'norma fundamental'. No resulta extraño, pues, que en el mismo artículo Kelsen ponga su 'ejemplo del anarquista', aseverando textualmente (p. 261):

Un anarquista no aceptaría hablar de conducta 'jurídica' y 'antijurídica', de 'obligaciones jurídicas', de 'derechos subjetivos' o de 'entuentos'.

5. El artículo en examen se publicó más de treinta años después de *Hauptprobleme*. Con el título "Value judgments in the science of law" apareció en el *Journal of Social Philosophy and Jurisprudence* (vol. 7, N° 4ª julio de 1942).

Cerca de veinte años más tarde, en la segunda edición de *Reine Rechtslehre*, Kelsen rectifica:

El ejemplo que anteriormente elegía para ejemplificar el presupuesto sólo posible y no necesario, de la norma fundante, es equivoco. El anarquista rechaza el derecho, como orden coactivo, emocionalmente, lo desprecia, aspira a una comunidad constituida sin un

orden coercivo, una comunidad libre de coacción. El anarquismo es una actitud política, fundada en determinado deseo... También un anarquista, como jurista, puede describir un derecho positivo como un sistema de normas válidas, sin aprobario (*Teoría pura del derecho*, trad. de 2ª ed., cit., p. 229, n. 133, p. 229, nota 133).

6. En esta misma *Teoría pura del derecho*, Kelsen expresa, sin duda (p. 229):

Dado que la norma fundante básica, como se mostró, en tanto norma pensada para fundar la validez del derecho positivo, sólo es la condición lógico-trascendental de esa interpretación normativa, no desempeña ninguna función ético-política, sino una función teórica de conocimiento.

Y, en la misma página, en una nota (Nº 134), Kelsen añade:

De ahí que la doctrina de la norma fundante básica no sea —como a veces se la ha pensado erróneamente— una teoría del reconocimiento.

Pero Kelsen olvida que afirmó que el 'juicio jurídico de valor' "es, simultáneamente, un acto de valoración", en un artículo en el cual también aseveró: "El juicio de valor que sostiene que la primera constitución es un acto lícito es, pues, el fundamento necesario de todos los demás juicios jurídicos de valor" ("Los juicios de valor en la ciencia del derecho", cit., p. 256).

Por cierto, Kelsen yerra, además, en cuanto atribuye a la 'norma fundante básica' misma una 'función de conocimiento', que sólo podría cumplir su 'suposición'.

7. Once años después de la publicación de "Value judgments in the science of law" aparece (1953) la versión en francés de *Reine Rechtslehre*. Ahora bien, en la traducción castellana de esta versión (pp. 56-57), podemos leer:

Los únicos juicios de valor que la ciencia del derecho podría pronunciar teóricamente son aquellos que comprueban la conformidad u oposición entre un hecho y una norma jurídica. El hecho sería entonces declarado lícito o ilícito, legal o ilegal, constitucional o anticonstitucional. Como ya lo hemos destacado, tales juicios de valor son en realidad juicios de hecho, ya que las normas con las cuales se relacionan han sido creadas por actos que son hechos acaecidos en el espacio y en el tiempo. La ciencia jurídica no puede, sin embargo, pronunciarse, puesto que el derecho positivo tiene la par-

ticularidad de reservar a ciertos órganos el poder de decidir si un hecho es lícito o ilícito.

Pero no es lo mismo conocer que decidir. El pronunciamiento de un tribunal tiene, como el mismo Kelsen expresa, "efectos jurídicos y equivale, por lo tanto, a un acto creador de derecho" (*Teoría pura del derecho*, trad. M. Nilve, cit., p. 57). Vale, aunque incurra en declaraciones erróneas o falsas respecto de "la conformidad u oposición entre un hecho y una norma jurídica".

El 'juicio jurídico de valor', en cambio, según admite Kelsen en la segunda edición de *Reine Rechtslehre* (1960), 'tiene que ser objetivo', es decir, "debe producirse sin consideración del desear y querer de quien enjuicie".

La emisión de 'juicios jurídicos de valor', por parte de la dogmática jurídica, se distingue, pues, de las decisiones de las autoridades.

8. En relación con los 'juicios de justicia', Kelsen escribe en "Los juicios de valor en la ciencia del derecho" (pp. 262-263):

Algo es justo o injusto sólo para una persona, para la cual la norma apropiada de justicia existe; y esta norma existe sólo para aquellos que, por una u otra razón, desean lo que la norma prescribe... Es imposible determinar la norma de justicia en un único sentido. En última instancia, es una expresión del interés de la persona lo que declara que una institución social es justa o injusta. Pero se trata de algo de lo que ella no tiene conciencia. Su juicio pretende afirmar la existencia de una justicia independiente de la voluntad humana... Los juicios de justicia no pueden ser objetivamente comprobados; por tanto, una ciencia del derecho no tiene lugar para ellos.

9. Sin duda, si por 'juicio de justicia' se entiende una oración que 'no puede ser objetivamente comprobada', entonces cabe concluir afirmando que "una ciencia del derecho no tiene lugar para ellos", ya que sólo serían seudoenunciados.

Pero sobre la ley misma, o sobre la actividad de las personas que la crean, también se pueden formular verdaderos enunciados, caracterizables como 'juicios de justicia'. Al respecto, en "Filosofía del derecho, ciencia jurídica y lógica formal" (*Anuario de Filosofía Jurídica y Social* 3, 1985, pp. 209-244), hemos expresado:

No hay que confundir, sin embargo, la 'norma de justicia' con

el 'juicio de justicia'. No siendo la expresión inmediata de deseos, aprobaciones o reprobaciones, los juicios de justicia son enunciados. Como tales tienen cabida en la ciencia jurídica.

Los juicios de justicia no son 'absolutos'. Tampoco lo son los 'juicios jurídicos de valor', ya que sólo adquieren pleno sentido al mencionar el ordenamiento de derecho en virtud del cual las conductas son calificadas como 'jurídicas' ('lícitas') o 'antijurídicas' ('ilícitas'). . .

Una oración como 1) 'La norma *a* del orden jurídico B es justa' es incompleta como enunciado de justicia. Puede, por cierto, ser la expresión inmediata de una valoración aprobatoria de la norma *a*. En cambio, la oración 2) 'La norma *a* del orden jurídico B es justa de acuerdo con el ideal de justicia D' es propiamente un enunciado de justicia, que será verdadero si y sólo si la norma *a* del orden jurídico B es justa de acuerdo con el ideal de justicia D. Y tan verdadero puede ser 2) como 3) 'La norma *a* del orden jurídico B es injusta de acuerdo con el ideal de justicia C'.

E. Validez, pluralismo y conflictos normativos.

1. En su crítica a la concepción que "ve en el derecho internacional y el derecho nacional dos sistemas diferentes", Kelsen declaró que existiría "la necesidad lógica de concebir todo el derecho desde un solo y mismo punto de vista y a considerarlo como un sistema único" (*Teoría pura del derecho*, trad. de M. Nilve, p. 204).

El mismo Kelsen afirmó que, desde un punto de vista lógico, no era posible "sostener que normas válidas simultáneamente pertenezcan a sistemas distintos e independientes entre sí" (*Principios de derecho internacional público*, El Ateneo, Buenos Aires, 1965, p. 346).

2. Según estimara Kelsen, "la relación entre derecho y moralidad revela por sí misma que dos órdenes normativos no pueden ser simultáneamente considerados como válidos, a menos de que se les conciba como parte de un sistema total" (*Teoría general del derecho y del estado*, cit., p. 444).

"Considerar derecho y moralidad desde uno y el mismo punto de vista como órdenes válidos o, lo que equivale a lo mismo, aceptar el derecho y la moral como sistemas simultáneamente

válidos, significa —afirmó Kelsen— que se supone la existencia de un solo sistema que comprende a los otros dos" (op. cit., pp. 445-446).

3. En su *Teoría general del derecho y del estado* (p. 445) Kelsen expresó asimismo:

Ni el jurista ni el moralista afirman que los dos sistemas normativos sean válidos. El jurista ignora a la moralidad como un sistema de normas válidas, así como el moralista ignora la existencia del derecho positivo, como tal sistema.

Y prosiguió diciendo (p. 445):

Ni desde uno ni desde el otro de los dos ángulos visuales, existen simultáneamente dos deberes de contenido contradictorio. Y no hay un tercer punto de vista.

4. El mismo Kelsen, en "Justicia y derecho natural" declaró: "frente a una norma de derecho positivo que se supone válida, una norma de justicia que la contradiga no puede ser considerada válida" (en H. Kelsen y otros, *Crítica del derecho natural*, Taurus, Madrid, 1966, p. 32).

Impulsado por una tendencia a llegar también con tesis defectuosas a consecuencias extremas, Kelsen afirmará igualmente (p. 36):

Dado que el derecho positivo es una norma objetivamente válida que presenta un carácter de obligación, resultará que, ni desde el punto de vista de este derecho ni desde el de la norma de justicia, podrá haber derecho injusto, es decir, derecho positivo creado por un acto que no es conforme a una norma de justicia. Puede existir, es cierto, un acto de esta especie, cuyo sentido subjetivo es una norma. Pero si se presupone la validez de la norma de justicia, este sentido no puede ser considerado ni como el sentido objetivo de este acto ni, en consecuencia, como componente del derecho; y si se considera el sentido subjetivo de este acto como su sentido objetivo, es decir, como derecho positivo, en cuanto que ese acto ha sido realizado en conformidad con la norma fundamental del ordenamiento jurídico, no se podrá entonces presuponer la validez de la norma de justicia y no se podrá, por tanto, juzgar que este acto es injusto, dado que sólo una norma de justicia cuya validez se presupone puede servir de criterio para juzgar el derecho positivo, es decir, los actos por los cuales se crean las normas de este derecho.

5. Intentando responder a una objeción, Kelsen escribió (*Teoría general del derecho y del estado*, pp. 446-447):

Contra nuestra tesis de que dos normas contradictorias no pueden ser válidas al mismo tiempo, podría argumentarse que, en último análisis, existen las llamadas colisiones de deberes. Nuestra respuesta es que términos como 'norma' y 'deber' son equívocos. Por una parte, tienen un significado que sólo puede expresarse por medio de un juicio normativo (sentido primario). Por otra, son también empleados para designar un hecho que puede ser descrito por medio de un juicio enunciativo (sentido secundario), a saber, el hecho psicológico de que un individuo tenga la idea de una norma y se crea asimismo ligado por un deber (en el sentido primario), por lo que tal idea o tal creencia (norma o deber en el sentido secundario) lo inducen a observar determinada línea de conducta. Es posible que el mismo individuo tenga al mismo tiempo la idea de dos normas y se crea obligado por dos deberes que se contradicen y que, por tanto, se excluyen lógicamente entre sí; por ejemplo, la idea de una norma del derecho positivo que lo obliga a prestar el servicio militar, y la de una norma moral que lo obliga a rehusarse a prestar tal servicio.

Kant ya se había pronunciado también negativamente. Según él, "como dos reglas opuestas entre sí no pueden ser al mismo tiempo necesarias, antes al contrario, siendo un deber obrar conforme a una de ellas, no sólo no es obligatorio, sino que es ilícito el seguir la ley opuesta, no es concebible la *colisión de los deberes*" ("Introducción a la metafísica de las costumbres", en Kant, *Principios metafísicos de la doctrina del derecho* (UNAM, México, 1968, p. 25).

6. "El concepto del llamado conflicto de normas o deberes —aseveró Kelsen— significa el hecho psicológico de que un individuo se encuentra bajo el influjo de dos ideas que lo impulsan en direcciones contrarias; no la validez simultánea de dos normas contradictorias entre sí" (*Teoría general del derecho y del estado*, cit., p. 447).

Continuando con su planteamiento, Kelsen expresó (p. 447):

La carencia de una distinción entre los dos sentidos de palabras tales como 'norma' y 'deber' es la causa principal de que no se advierta que dos conjuntos de normas válidas tienen siempre que ser concebidos como partes de un solo sistema.

7. En *Teoría general del derecho y del estado* (p. 446) Kelsen también afirma que una de las 'tareas principales del jurista' "consiste en presentar de manera congruente el material con que trata".

"Como ese material —añade Kelsen— es presentado por medio de expresiones lingüísticas, resulta posible *a priori* que tal material contenga contradicciones. La función específica de la interpretación jurídica es eliminar tales contradicciones, revelando que sólo son aparentes. El material jurídico es transformado en un sistema de derecho en virtud de la interpretación jurídica" (op. cit., p. 446).

En *Teoría pura del derecho* (trad. de la ed. en francés de 1953, p. 205), Kelsen dice, asimismo: "Cuando la ciencia del derecho se encuentra en presencia de normas contradictorias se esfuerza en resolver la contradicción mostrando que ella es tan solo aparente. Si no lo logra, considera que las normas en cuestión están desprovistas de sentido y que por este hecho no pertenecen al dominio del derecho".

Y en *¿Qué es la teoría pura del derecho?* Kelsen expresa (p. 22):

El derecho positivo, una ley o contrato de derecho internacional pueden contener normas contradictorias entre sí, una ley puede estar en contradicción con la constitución o con el derecho internacional. Pero el conocimiento del derecho tiene que eliminar mediante la interpretación estas contradicciones; así lo hace siempre de una u otra manera.

8. Todavía en la segunda edición de *Reine Rechtslehre* Kelsen asigna a la dogmática jurídica la tarea de 'resolver la contradicción'.

Según asevera Kelsen, "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 de 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" (*Teoría pura del derecho*, trad. de 2ª ed. en alemán, p. 215).

En la misma obra Kelsen expresa: "Por cierto que no es de ninguna manera insólito sostener que dos normas jurídicas se 'contradican' mutuamente. Y que, en consecuencia, sólo una de las dos pueda ser considerada como objetivamente válida. Que A sea debido, y, simultáneamente, que no lo sea, es tan sinsentido, como afirmar que A es y, simultáneamente, que A no es. Un conflicto normativo plantea, como una contradicción lógica, algo sinsentido" (pp. 214-215).

9. "Si los pluralistas fuesen congruentes y realmente considerasen el derecho nacional y el derecho internacional, a la manera del derecho y la moral, como dos órdenes distintos e independientes entre sí —afirmó Kelsen— tendrían que dejar de considerar tales órdenes como sistemas normativos simultáneamente válidos" (*Teoría general del derecho y del estado*, cit., p. 452).

Y en *Teoría pura del derecho* (trad. de la ed. en francés de 1953, p. 207) Kelsen dirá:

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 no deberían ser para ellos conjuntos de normas válidas, sino simples hechos desprovistos de significación jurídica.

10. Sin embargo, posteriormente Kelsen reconocerá la existencia de 'conflictos normativos', como los que se dan entre derecho y moral ('considerados como órdenes normativos válidos, sin concebirllos como partes de un sistema total'), o entre normas jurídicas de estratos diferentes.

En "Derecho y lógica" Kelsen escribe: "también dentro de uno y el mismo orden jurídico los conflictos de normas son posibles y en modo alguno raros: conflictos entre una norma jurídica de nivel superior y una de nivel inferior, como el que se da entre la constitución, que prohíbe toda restricción de la libertad religiosa, y una ley que prohíbe el ejercicio público de determinada religión, es decir, el caso de la llamada ley 'inconstitucional'. O conflictos entre normas del mismo nivel, como el que se da entre una ley conforme a la cual determinado hecho, por ejemplo adulterio, debe ser castigado, y otra ley según la cual ese hecho no debe ser castigado. Pe-

ro también pueden darse conflictos entre normas de una y la misma ley. Para todos ellos es esencial que *ambas* normas que estén en conflicto valgan, de tal manera que, si una es observada, la otra tenga que ser violada; y podrá ser violada solamente cuando también ella esté en vigor" (en H. Kelsen, U. Klug, *Normas jurídicas y análisis lógico*, cit., p. 99).

Según manifiesta Kelsen en su obra póstuma, los 'conflictos normativos' "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" (*Teoría geral das normas*, Fabris, Porto Alegre, 1986, p. 159).

11. Por otra parte, el último Kelsen afirmará que el 'conflicto normativo' no puede resolverse "mediante el conocimiento, es decir, la Ciencia del Derecho". "Esta —añade Kelsen— puede solamente establecer la existencia de dicho conflicto, y tiene que dejar su solución al acto volitivo de la autoridad jurídica o a la inobservancia consuetudinaria" ("Derecho y lógica", p. 101).

Kelsen reconocerá, asimismo, que dos enunciados, relativos a normas distintas en conflicto, "pueden ser verdaderos, pues ambas normas pueden valer" (*Teoría geral das normas*, cit., p. 282).

Todavía al enviar a Klug el trabajo intitulado "Zur Logik der Normen" (15-5-1959), pensaba, en cambio, que el conflicto normativo tendría que darse entre 'normas que se contradicen' y que los enunciados que las describiesen serían contradictorios (cf. *Normas jurídicas y análisis lógico*, cit., pp. 38-39).

12. En realidad, ya en la segunda edición de *Reine Rechtslehre* admite Kelsen la existencia de ordenamientos jurídicos con normas válidas, en virtud de las cuales se crean, en verdad, 'deberes de contenido contradictorio'.

En *Teoría pura del derecho* (trad. de la 2ª ed. en alemán, p. 40), podemos leer:

Bajo cierto orden jurídico puede darse una situación —y efectivamente aparecen situaciones semejantes como lo veremos— en que tanto una determinada conducta humana, como simultáneamente la conducta contraria, tienen como consecuencia una sanción. Ambas normas —las dos normas que establecen el deber de sancionar— pueden tener validez paralelamente y ser de hecho aplicadas, puesto que no se contradicen, es decir, puesto que pueden ser for-

muladas sin contradicción lógica. Sólo que en esas dos normas se expresan dos tendencias políticas entre sí contrapuestas; no, por cierto, una contradicción lógica, pero sí un conflicto teleológico. Esta situación es posible, aunque sea políticamente insatisfactoria. De ahí que los órdenes jurídicos, por lo común, contengan disposiciones mediante las cuales una de las normas es nula, o puede ser anulada.

Como el propio Kelsen manifiesta, "dentro de semejante orden normativo, una y la misma conducta puede ser, en este sentido, obligatoria y simultáneamente prohibida" (op. cit., p. 39).

13. "En verdad —dirá más tarde— una y la misma norma que prohíbe una conducta determinada no puede imponer esa misma conducta, pero es perfectamente posible que una y la misma conducta, prohibida por una norma válida existente, sea impuesta por otra norma simultáneamente existente. Entonces existe un conflicto de normas, y la existencia de los conflictos de normas no puede ser negada" (*Teoria geral das normas*, cit., p. 127).

Finalmente, en su obra póstuma sobre las normas, distinguiendo adecuadamente entre enunciados contradictorios y contrarios, Kelsen afirmará que "no hay ni oposición contradictoria ni oposición contraria" entre los enunciados 'A debe ser' y 'No-A debe ser', ya que ambos serán verdaderos si versan sobre normas en conflicto (*Teoria geral das normas*, p. 282).

14. Terminaron, pues, siendo abandonadas las ideas en virtud de las cuales Kelsen planteó que el pluralismo era insostenible por razones 'lógicas'.

Como bien señala Reinhold Zippelius, refiriéndose al pluralismo, su concepción "corresponde a la práctica de los Estados imperante en la actualidad" (*Teoria general del estado. Ciencia de la política*, Porrúa, México, 1989, 2ª ed., p. 66).

15. Cabe advertir, sin embargo, que la existencia de conflictos normativos no excluye la aplicabilidad de la lógica al derecho.

El uso de 'validez' (como sinónimo de 'vigencia') no es, por cierto, análogo al de 'verdad'. Pero hay analogía entre el uso de 'validez' ('vigencia') y el de 'teorema'. Así como se forman teoremas enunciativos, se pueden formar teoremas normativos.

Hay también analogía entre la verdad de un enunciado y la

plena ejecución de una norma (el total acatamiento de una prescripción o prohibición; el completo ejercicio de un permiso).

Guardando analogía con el principio según el cual dos enunciados contradictorios no son verdaderos a la vez, se justifica afirmar:

a) Una norma y su negación no se ejecutan completamente a la vez; y

b) Una norma y su negación no son vigentes a la vez en un sistema consistente.

16. Tampoco puede afirmarse, por cierto, que sea caracterizable el conflicto normativo sin considerar para nada la lógica o la idea de contradicción.

Como bien observa Bruno Celano, en su artículo "L'interpretazione del conflitto fra norme nell'ultimo Kelsen" (*Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* 67, 1990, pp. 13-50), el mismo Kelsen utiliza nociones lógicas al definir el conflicto normativo.

En efecto, en "Derecho y lógica" Kelsen acude a la noción de incompatibilidad, al definir un conflicto de normas como "una situación en la cual valen dos normas, de las cuales una prescribe un determinado comportamiento y la otra un comportamiento incompatible con él" (*Normas jurídicas y análisis lógico*, p. 92).

En el mismo trabajo, Kelsen añade: "es esencial que ambas normas que estén en conflicto valgan, de tal manera que si una es observada, la otra tenga que ser violada" (p. 99).

F. Validez e inferencias normativas.

1. Careciendo de una adecuada formación en lógica y orientado hacia un 'voluntarismo' extremo, Kelsen llegó, en sus últimos años, a formular tesis diametralmente opuestas a otras anteriormente sustentadas por él.

Así, todavía el 15 de mayo de 1959, en el manuscrito intitulado "Zur Logik der Normen", Kelsen sostiene:

a) La Teoría Pura del Derecho, defendida por el autor de este trabajo, siempre aplicó principios lógicos, tales como el de contradicción y las reglas de la inferencia, a las normas en general y a las normas jurídicas en especial (*Normas jurídicas y análisis lógico*, cit., p. 35).

b) Aplicando principios lógicos a las normas de un orden jurídico, la Teoría Pura del Derecho afirma que dos normas, de las cuales una prescribe que se debe obrar de cierta manera y la otra que no se debe obrar de esa manera, se contradicen y, en consecuencia, no pueden ser vistas simultáneamente como válidas (p. 37).

c) Cuando por la vía de un procedimiento lógico o 'logoide' se infiere una norma de otra —una norma individual a partir de una norma general válida— aquella es una norma válida, aunque no se dé un acto volitivo del cual ella sea su sentido (p. 48).

Sin embargo, en el manuscrito "Recht und Logik" Kelsen afirma:

a') los dos principios lógicos más importantes —el de no contradicción y la regla de inferencia— no son aplicables a las relaciones entre normas de un derecho positivo, ni directa ni indirectamente (p. 114).

b') no se puede negar que existen verdaderos conflictos normativos, es decir, situaciones en las que valen dos normas, una de las cuales establece como debido cierto comportamiento y la otra uno incompatible con él (p. 98).

c') no hay deber ser que sea norma sin un querer, cuyo sentido es ese deber ser. No hay norma sin un querer que establezca normas, es decir, no hay norma sin una autoridad que establezca normas. Una norma vale sólo cuando es puesta por un acto de voluntad, cuando ella representa el sentido de un acto de voluntad (p. 96).

2. Una muestra de la debilidad de la concepción del último Kelsen aparece en su obra póstuma sobre las normas, en el capítulo sobre la "relación entre normas generales de diferente generalidad" (*Teoria geral das normas*, cit., pp. 319-321).

Kelsen manifiesta (p. 320) que "puede ser descrita en la forma de una inferencia" la relación entre la norma

1) Una persona que premeditadamente, mediante su propia conducta, cause la muerte de otra, debe ser condenada a presidio perpetuo; y la norma

2) Una persona que premeditadamente, mediante un disparo, cause la muerte de otra, debe ser condenada a presidio perpetuo.

Kelsen admite que si "vale la norma descrita como premisa",

o sea, 1), entonces "vale la norma descrita como conclusión", o sea, 2), que está "implícita" en aquella.

Apartándose de la tesis sustentada en "Recht und Logik" y reiterada en su obra póstuma (cf. p. 321), Kelsen reconoce, pues, una inferencia entre normas.

Pero Kelsen procura justificar esta inferencia, de acuerdo con su posición psicologista.

Según afirma 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" (*Teoria geral das normas*, cit., p. 320).

3. Por otra parte, cabe tener presente que en el manuscrito sobre derecho y lógica dice también Kelsen lo siguiente (p. 114 de *Normas jurídicas y análisis lógico*):

No se ha dicho que no se den en absoluto relaciones lógicas entre normas. Mencionemos, por ejemplo, la relación entre dos normas generales que se diferencian sólo por el grado de su generalidad, una relación que hay que distinguir de la que se da entre una norma general y la individual que a ella corresponde. Pero también en la relación entre una norma general y la norma individual a ella correspondiente, establecida por el órgano de aplicación del derecho, se da una conexión lógica, en cuanto que el hecho comprobado *in concreto* por el tribunal puede ser subsumido bajo el hecho determinado *in abstracto* en la norma general.

El propio Kelsen expresa además, en el mismo texto (p. 114):

Si la norma general prevé como pena para el homicidio la muerte en la horca, y si el juez condena a Meier a morir en la horca, la norma individual concuerda con la general. Esta relación de concordancia es una relación de subsunción, y en la medida en que la subsunción aquí existente es una conexión lógica, entre la norma general y la norma individual que la aplica a un hecho concreto se da una conexión lógica.

Pero, como planteamos en otro trabajo, dicha conexión lógica es definible mediante el concepto de inferencia (cf. "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).

4. El 28 de julio de 1965, en la última carta de su diálogo con Klug, Kelsen admite que una computadora puede 'indicar' "qué norma individual corresponde a la norma general a aplicar" (*Normas jurídicas y análisis lógico*, op. cit., p. 128).

Al respecto, Kelsen añade a continuación, refiriéndose al órgano de aplicación del derecho competente (pp. 128-129):

Si este órgano, por algún motivo, no establece mediante su acto de voluntad lo que la computadora indicó como 'norma', que es el sentido de ese acto de voluntad, ella no tiene validez, y su validez, que vincula a la parte, no puede alcanzarse mediante una operación mental lógica ni tampoco mediante una operación de la computadora.

En su carta del 20 de julio de 1965, Klug había dicho a Kelsen (pp. 123-124):

Un caso muy actual de aplicación de leyes lógicas a normas es el empleo de computadoras para aplicar Derecho, tal como se lo hace en distintos países —también aquí entre nosotros— en el ámbito del Derecho impositivo y de seguros. En esta aplicación de Derecho por medio de máquinas, proposiciones generales de deber ser (normas generales) son programadas como premisas. Una vez que se indican los hechos del caso, la máquina proporciona la proposición de deber ser (norma individual) que se dirige al individuo.

5. En verdad, bien podemos decir: Una decisión, al adoptarse de acuerdo con la norma general aplicable, se basa en ella, está lógicamente fundada en ella.

Sin duda, los actos no son producidos "mediante una operación mental lógica ni tampoco mediante una operación de la computadora". Pero ningún lógico afirma que lo sean.

Es cierto, por otra parte, que en derecho no basta con que una norma individual sea inferida para que se aplique y vincule a quien sea parte en un juicio, con la fuerza de una resolución judicial. Se necesita que sea 'puesta', mediante la dictación del fallo correspondiente. Pero, como admite Kelsen, "entre la norma general y la norma individual que la aplica a un hecho concreto se da una conexión lógica", cuando "la norma individual concuerda con la general" (op. cit., p. 114).

6. Cabe tener presente, por otra parte, que la cuestión de la aplicabilidad de las 'reglas lógicas' históricamente no se ha suscitado únicamente en relación con las normas.

"Ya los filósofos medievales —hemos dicho— discutieron sobre su aplicación al campo de las sentencias declarativas. Para Kelsen —quien explícitamente admite, sin restricciones, como principio lógico a "sí las premisas son *verdaderas*, entonces la conclusión implicada por ellas es *verdadera*"— habría sido instructivo conocer por ejemplo, el parecer de Roberto Holkot" ("Derecho y lógica formal", *Archivos Latinoamericanos de Metodología y Filosofía del Derecho* 2, 1981-1985, pp. 30-34).

A juicio de Holkot, habría casos en que a 'premisas' verdaderas no sigue 'conclusión' alguna. Pero Holkot sólo concibe 'premisas', 'conclusiones' y 'proposiciones' como sucesos y no como entidades abstractas. Y afirma: "es evidente que tales reglas suponen la existencia de las proposiciones que mencionan. Así, si existe una proposición verdadera, su contradictoria es falsa si la hay; las demás reglas han de ser interpretadas de un modo parecido" ("Utrum Deus posset scire plura quam scit?", en E. A. Moody, *Studies in medieval philosophy, science, and logic*, University of California Press, Berkeley, 1975, p. 335).

Kelsen pudo haber dicho, siguiendo al lógico Holkot: 'Es evidente que tales reglas suponen la positividad de las normas que mencionan'.

7. En *Normas jurídicas y análisis lógico* Kelsen escribe asimismo (p. 45):

De que Dios ordena o ha ordenado que los hombres no deben matar a sus semejantes no se infiere que Dios ordena o ha ordenado que Caín no debe matar a Abel. Dios puede, en ese caso, hacer una excepción, como lo hizo cuando ordenó a Abraham sacrificar a su hijo, o Dios puede omitir ordenar a Caín que no mate a Abel, y, en efecto, la Biblia no menciona orden alguna de esa índole.

Pero, al respecto, se puede contestar diciendo:

a) Al efectuar una excepción, Dios modifica su orden primitiva. Ella, de acuerdo con su sentido, prohíbe también que Caín mate a Abel.

b) Aunque Dios hubiera omitido notificar su prohibición a Caín, Dios ordenó que Caín no mate a Abel, al ordenar que los hombres no maten a sus semejantes.

Puede, por cierto, restringirse el significado del concepto de 'orden'. Así, podría entenderse que una prohibición individual que no es notificada a quien afecta no expresa una 'orden'. También podría decirse que las oraciones directivas en las cuales figura 'todos' sólo constituyen una 'orden' respecto de quienes son efectivamente notificados.

Mas, en todo caso, la disposición en examen prohíbe, en virtud de su sentido, que Caín mate a Abel.

Por otra parte, cabe tener presente que en el derecho las distintas expresiones componentes se relacionan entre sí, determinando su sentido.

Kelsen, que manifestó que el derecho "podría ser denominado una orden 'despsicologizada'", expresó: "Si uno llama orden a una ley constitucionalmente sancionada por una legislatura o, lo que es lo mismo, a la 'voluntad' de los legisladores, esta expresión no tiene casi ninguna relación con el verdadero concepto de 'orden'" ("La teoría pura del derecho y la jurisprudencia analítica", pp. 221 y 222).

Karl Olivecrona, por su parte, escribe: "Una orden cara a cara implica la existencia de una relación personal entre dos individuos. Pero utilizamos frases imperativas fuera de tales relaciones... Podemos llamar a tales frases imperativas 'imperativos independientes', puesto que son independientes de la relación personal característica de una orden... La clave del enigma de la naturaleza de las llamadas normas jurídicas es el concepto de *imperativos independientes*. El carácter imperativo de éstas es evidente... Las normas jurídicas forman un amplio complejo de estas expresiones, que contienen pautas de conducta más o menos obedecidas por un grupo" (*El derecho como hecho. La estructura del ordenamiento jurídico*, Labor, Barcelona, 1980, pp. 126 y 127).

8. Una disposición como 1) 'Debe ser que todos no maten' implica lógicamente 2) 'Debe ser que Caín no mate'. Entre 1) y 2) se da esta relación de acuerdo con un principio de la lógica de las directivas, según el cual si un enunciado implica lógicamente a otro, entonces la directiva formada anteponiendo 'debe ser' al primero implica lógicamente a la formada anteponiendo 'debe ser' al segundo.

A este principio ya se remitió Walter Dubislay en su estudio "Zur Unbegründbarkeit der Forderungssätze" (*Theoria* 3, 1937, pp. 330-342).

9. En su trabajo intitulado "Zur Logik der Normen" Kelsen escribió, en cambio, refiriéndose a lo planteado por Dubislay: "Este recurso a proposiciones de ser, con las cuales se describen estados de cosas que corresponden efectivamente a las normas, resulta, sin embargo, completamente innecesario, ya que existen proposiciones de deber ser que describen la validez de las normas y que son proposiciones enunciativas, que pueden ser verdaderas o falsas" (*Normas jurídicas y análisis lógico*, p. 45).

En el mismo estudio —escrito cuando todavía hablaba de inferencias normativas— Kelsen afirmó (p. 39 de *Normas jurídicas y análisis lógico*):

La validez de una norma se puede inferir de la validez de otra cuando la proposición de deber ser con la cual se enuncia la validez de una pueda ser inferida de la proposición de deber ser mediante la cual se enuncia la validez de la otra. De la norma dada por Dios, y que dice: 'seres humanos, no matéis a vuestros semejantes', se sigue la norma: 'Caín, no mates a Abel'. Y esto es así porque de la proposición 'los hombres no deben matar hombres', que enuncia la validez de la primera norma, y que forma parte de una Ética de la moral cristiana, se sigue, mediante la proposición 'Caín y Abel son seres humanos', la proposición 'Caín no debe matar a Abel'.

Pero, mientras no se aplique a las normas mismas un criterio que sirva para inferir 2) de 1) —el cual puede formularse mediante el "recurso a proposiciones de ser"— podrá ser obligatorio que Caín no mate, de acuerdo con la lógica deóntica (al ser obligatorio que todos no maten), pero la norma 2) no será válida (se supone que tampoco ha sido 'puesta'). Habrá que entender entonces que la norma en virtud de la cual es obligatorio que Caín no mate no es 2), sino 1).

10. Las inferencias normativas sólo son tales de acuerdo con criterios de inferencia aplicables a las mismas normas. Así lo comprendió, por ejemplo, Alf Ross en *Directives and norms*.

Sólo a un desconocimiento de esta obra puede atribuirse que Roberto J. Vernengo hable de "alocicismo normativo de A. Ross"

—en "On the logical interpretation of legal sentences", *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 79, 1993, pp. 2-15— y sostenga que para Ross "las normas no cuentan con una lógica" —en "Validez y verdad en la *Teoría general de las normas*, de Hans Kelsen", *Anales de la Cátedra F. Suárez* 25, 1985, pp. 13-28, y en "Sobre algunos criterios de verdad normativa", *Doxa* 3, 1986, pp. 233-242— añadiendo que para Kelsen y Ross "las normas no estaban sujetas a procedimientos deductivos" "(Decision forms and expert systems in law", *Ratio Iuris* 4 (2), 1991, pp. 245-252).

Como reconoce Georges Kalinowski, en *Directives and norms* Ross sostiene que hay una lógica ('deóntica') normativa, cuyos postulados definen el discurso directivo. Coincidiendo con Ross, Kalinowski expresa: "El autor de la presente nota está perfectamente de acuerdo con el eminente profesor de Copenhague en cuanto a la existencia de la lógica deóntica. También piensa que ella organiza efectivamente el discurso directivo, así como la lógica declarativa lo hace respecto del discurso indicativo". ("Note critique sur la logique deóntique d'Alf Ross", en Kalinowski, *Etudes de logique deóntique* I (1953-1969), Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1972, p. 190).

11. En relación con el tema de las inferencias normativas la trayectoria de Kelsen fue, como puede apreciarse, cambiante.

Pero más lo ha sido, en verdad, la de Georg Henrik von Wright. Como señalamos en "Sistemas de derecho y lógica normativa" (*Anuario de Filosofía Jurídica y Social* 7, 1989, pp. 311-323), después de admitir por largo tiempo la existencia de relaciones lógicas entre normas, von Wright calificó como prematura su posición al respecto, en su intervención en el XI Congreso Internacional de Filosofía Jurídica y Social (Helsinki, 1983).

Como también recuerda Kalinowski, entonces contestó con un 'firme no' a la pregunta de si las prescripciones pueden derivar lógicamente de otras prescripciones ("Sur les normes et leur logique. Remarques en marge de 'Is and ought' de Georg Henrik von Wright", *Archives de Philosophie du Droit* 32, 1987, pp. 277-289).

El mismo von Wright manifiesta que había llegado a "una posición parecida a la alcanzada por Kelsen en sus últimos años" ("Is there a logic of norms?", *Ratio Iuris* 4 (3), 1991, pp. 265-283).

Von Wright, que había planteado —en *Logical studies* (Rout-

ledge & Kegan Paul, Londres, 1957, p. VII)— que la lógica "tiene un mayor alcance que la verdad" y que "normas y valoraciones están, aunque fuera del ámbito de la verdad, sujetas de todos modos a leyes lógicas", afirmará, en cambio: "Como las prescripciones no son verdaderas ni falsas no pueden figurar como premisas o conclusiones en inferencias lógicamente válidas" ("Is and ought", en E. Bulygin, G. L. Gardies, I. Niiniluoto (eds.), *Man, law and modern forms of life*, Reidel, Dordrecht, 1985, p. 269).

Pero la evolución de von Wright no termina así.

Hoy nuevamente afirma von Wright que la lógica "tiene un mayor alcance que la verdad" y que hay una lógica normativa (cf. "Is there a logic of norms?", cit., pp. 265-266, nota).

A juicio de Ota Weinberger, "la fuerza sugestiva del escepticismo normológico postrero de Kelsen jugó un importante papel" en esta evolución de la opinión de von Wright ("The logic of norms founded on descriptive language" *Ratio Iuris* 4 (3), 1991, pp. 284-307).