

QUINTA PARTE

RECEPCIÓN DE LA OBRA DE HANS Kelsen EN EUROPA, LATINOAMÉRICA Y ESTADOS UNIDOS

VIAJE EN ITALIA: LA TEORÍA PURA DEL DERECHO EN LA CULTURA JURÍDICA PENINSULAR*

Pierluigi CHIASSONI**

SUMARIO: I. *Un viaje ininterrumpido*. II. *Las malas “impresiones” de Giuseppe Capograssi*. III. *Norberto Bobbio: los errores de la crítica, la crítica a los errores*. IV. *Las quejas de Riccardo Guastini*.

I. UN VIAJE ININTERRUMPIDO

La obra de Kelsen comprende las materias más diversas: desde la teoría general del derecho hasta el derecho internacional público y privado; desde la teoría de la democracia hasta la sociología y la antropología jurídicas; desde la filosofía analítica o normativa de la justicia hasta la teoría constitucional; desde la crítica al derecho natural hasta la “crítica de la ideología”.¹

Todos los rincones de esta obra han sido objeto de reflexión, asimilación o crítica en la cultura italiana.²

* Traducción al castellano de un manuscrito inédito en francés, cuyo título es “Voyage en Italie: La Théorie pure du droit dans la culture juridique péninsulaire”, por Augusto Fernando Carrillo Salgado, estudiante del doctorado en derecho por la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM. Contacto: augustoc@uam.mx. ORCID-ID: <https://orcid.org/0000-0001-6107-4917>. El traductor agradece al Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (Conacyt) por el financiamiento para realizar la traducción de este documento.

** Profesor asociado en el Instituto Tarello para la Filosofía del Derecho, Departamento de Jurisprudencia, Universidad de Génova, Italia. Contacto: pierluigi.chiassoni@unige.it.

¹ Véase, por ejemplo, Métall, Rudolf Aladár, *Hans Kelsen. Leben und Werk*, Viena, Deuticke, 1969; Ladavac, Nicoletta Bersier, “Hans Kelsen (1881-1973): Biographical Note and Bibliography”, *European Journal of International Law*, núm. 9, 1998, pp. 391-400; Walter, Robert et al., *Hans Kelsen: Leben - Werk - Wirksamkeit*, Viena, Manz, 2009; Olechowski, Thomas, *Hans Kelsen. Biographie eines Rechtswissenschaftlers*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2020.

² La atención de la cultura italiana por los escritos kelsenianos de teoría política, teoría de la democracia, teoría y sociología de la justicia, sociología jurídica, crítica de las ideologías, es revelada, a partir de los años veinte y treinta del siglo pasado, por las numerosas traducciones. Véase, por ejemplo, Kelsen, Hans, *Lineamenti di una teoria generale dello*

Por lo que respecta, particularmente, a la teoría kelseniana del derecho (la “teoría pura” o “doctrina pura” del derecho), hacer una historia de su recepción, con una pretensión mínima de integridad, equivaldría a realizar una historia de la propia cultura teórico-jurídica italiana contemporánea o, por lo menos, de una parte extensa o sustancial de ella. Se trata, en efecto, de un fenómeno complejo y de largo tiempo, que se remonta a principios del siglo XX y se prolonga hasta nuestros días, gozando de una verdadera vitalidad de fénix.

Se pueden distinguir dos momentos. El primero, preanalítico, se sitúa antes de la Segunda Guerra Mundial. El segundo, caracterizado por la presencia tanto de una tendencia analítica como de una antianalítica, se desarrolla después de este conflicto armado.

Durante el momento preanalítico, la obra teórica de Kelsen, en tanto filosofía normativista del derecho positivo, provoca, primero, a partir de 1918, una oposición radical por parte de Santi Romano, el teórico más importante del institucionalismo jurídico en Italia.³ Sin embargo, capta la atención, también, de los especialistas del derecho público e internacional, y se beneficia de una notable difusión entre los filósofos y teóricos generales del derecho,⁴ entre los que vale la pena mencionar por sus esfuerzos, tanto de reconstrucción como de reflexión crítica, a Gioele Solari⁵ y a sus

stato e altri scritti, Roma, Anonima Romana Editoriale, 1933, que incluye “Il problema del parlamentarismo” e “Intorno alla natura e al valore della democrazia”; Kelsen, Hans, *Società e natura. Ricerca sociologica* (trad. de Fuà L., *Society and Nature. A Sociological Inquiry*), Turin, Einaudi, 1953; Kelsen, Hans, *Democrazia e cultura* (con una introducción de N. Matteucci), Bologna, Il Mulino, 1955; Kelsen, Hans, *La democrazia* (con una introducción de G. Gavazzi), Bologna, Il Mulino, 1981; Kelsen, Hans, *La teoria politica del bolscevismo e altri saggi* (editado por Riccardo Guastini, quien propone, igualmente, una “introducción”), Milán, Il Saggiatore, 1981; Kelsen, Hans, *La teoria comunista del diritto* (trad. de G. Treves de *The Communist Theory of Law*, 1955), Milan, SugarCo, 1981; Kelsen, Hans, *L'amor platonico* (con una Introducción de C. Tommasi), Bologna, Il Mulino, 1985; Kelsen, Hans, *Una nuova scienza politica* (editado por F. Lijoi), Turin, Giappichelli, 2010; Kelsen, Hans, *Religione secolare. Una polemica contro l'errata interpretazione della filosofia sociale, della scienza politica e della politica moderne come “nuove religioni”* (trad. de *Secular Religion. A Polemic against the Misinterpretation of Modern Social Philosophy, Science, and Politics as “New Religion”*), (editado por P. Di Lucia y L. Passerini Glazel), Milán, Cortina, 2014.

³ Romano, Santi, *L'ordinamento giuridico*, 2a. ed., Florencia, Sansoni, 1946. La primera edición fue publicada en Pisa, por la editorial La Goliardica en 1918.

⁴ Marchetti, Michel, “La fortuna italiana di Kelsen prima della Seconda Guerra Mondiale”, en Losano, Mario, *Forma e realtà in Kelsen*, Milán, Comunità, 1981, pp. 184-194; Fro-sini, Vittorio, “Kelsen e il pensiero giuridico italiano”, *Il Veltro*, XXI, 1977, pp. 761-768; Riccobono, Francesco, “Kelsen in Italia. Bibliografia”, *Il Veltro*, 1977, pp. 769-782.

⁵ Solari, Gioele, “L'indirizzo neokantiano nella filosofia del diritto”, *Rivista di Filosofia*, núm. 23, 1932, pp. 319-355.

discípulos Renato Treves y Norberto Bobbio. Por una parte, Treves fue el traductor de la versión preliminar de la primera *Teoría pura del derecho* (*Reine Rechtslehre*),⁶ en 1933, y, además, logró ofrecer una reconstrucción todavía “cuidadosa”⁷ de los “fundamentos filosóficos” de la *Teoría pura del derecho*, situándolos en última instancia en la epistemología de Hermann Cohen de la *Lógica del conocimiento puro* (*Logik der reinen Erkenntnis*).⁸ Por otra parte, Bobbio

⁶ Kelsen, Hans, “La dottrina pura del diritto. Metodo e concetti fondamentali”, trad. de Renato Treves, *Archivio giuridico*, 110, 2, 1933, 53 pp.

⁷ Bobbio, Norberto, “Struttura e funzione nella teoria del diritto di Kelsen”, en Bobbio, Norberto, *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, Torino, Giappichelli, 2014.

⁸ Treves, Renato, “Il fondamento filosofico della dottrina pura del diritto di Hans Kelsen”, Turin, *Regia Accademia delle Scienze*, 1933, reimpresso en Kelsen, Hans y Treves, Renato, *Formalismo giuridico e realtà sociale* (editado por S.L. Paulson), Nápoles, ESI, 1992, pp. 59-87, en particular las pp. 72-78; Treves, Renato, *Il diritto come relazione. Saggio critico sul neo-kantismo contemporaneo*, Turin, Istituto Giuridico della R. Università, 1934, pp. 41-47, 66, 67, 81-85, 109, 112-123 y 125. En estos dos escritos, Treves oscila, aparentemente, entre una posición neutra, formulada al final del primer texto (p. 87 “se i concetti puri della dottrina normologica sono in realtà dei concetti empirici, non per questo si deve parificare la scuola viennese con gli indirizzi dogmatici e positivistici da lei così diversi, ma si deve piuttosto ricercare nel suo fondamento filosofico [néokantien] la radice di questo empirismo e di questo positivismo”) y una posición más crítica que consiste —apoyándose en los análisis de Gioele Solari, Emil Kaufmann y G. Hohenauer— en sugerir que el neokantismo marburgiano de la teoría pura sería, diga lo que diga Kelsen, superficial y, por así decirlo, terminológico; lo que no haría de la teoría pura una verdadera teoría *a priori*, sino más bien una teoría *a posteriori*, empirista, fundada sobre conceptos extraídos de la experiencia (“abstracta” y “científica”) cuyos dos guardianes verdaderos, más allá de lo que Kelsen dice y piensa, no serían ni Hermann Cohen ni Ernst Cassirer, sino David Hume y Ernst Mach (Treves, Renato, *Il diritto come relazione...*, cit., pp. 113-123). Véase, también, Treves, Renato, “Il metodo teleologico nella filosofia e nella scienza del diritto”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1934, pp. 545-566; Treves, Renato, “Intorno alla concezione del diritto di Hans Kelsen”, en Kelsen, Hans y Treves, Renato, *Formalismo giuridico...*, cit., pp. 89-107, en el cual Treves ofrece un análisis del “formalismo kelseniano” subrayando cómo la consideración dinámica del derecho a favorecido el ingrediente “científico” de la teoría pura en detrimento del ingrediente “filosófico” y ha provocado, por una parte, la adopción de posiciones antiformalistas y realistas por lo que respecta a la interpretación jurídica y la jurisdicción, por otra parte, la adopción de la tesis de la sinergia entre ciencia normativa del derecho y sociología jurídica; Treves, Renato, “Prefazione”, en Kelsen, Hans, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Turin, Einaudi, 1967, pp. 11-21. G. Calabrò se adhiere a la posición del primer escrito de Treves: Calabrò, G., “Kelsen e il neokantismo”, en Roehrsen, *Hans Kelsen nella cultura giuridica del novecento*, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1983, pp. 87-89. Sobre este punto, puede ser, para disipar todo misterio, que la posición de Kelsen parece considerar la epistemología neokantiana y, en particular, el “método trascendental” propuesto por Hermann Cohen (centrado en la pureza metodológica y el rechazo a toda metafísica), como inspirado en la misma exigencia de fundamentación empírica del conocimiento científico que se encuentra en el positivismo, así como subrayar el carácter positivista de la epistemología kantiana. Véase, por ejemplo, Kelsen, Hans, “Essenza e valore della democrazia”, en Kelsen, Hans, *La democrazia...*, cit.,

trató el pensamiento de Kelsen al ocuparse de “la orientación fenomenológica en la filosofía del derecho”, así como de la relación entre la “ciencia” y “técnica” en el estudio doctrinal del derecho (la “ciencia jurídica”), adoptando una posición crítica frente a la concepción “positivista” kelseniana.⁹

Tras la Segunda Guerra Mundial, la atención de los filósofos y teóricos del derecho italiano es atraída por la publicación, en 1952, de las traducciones de la *Teoría general del derecho y del Estado* (*General Theory of Law and State*),¹⁰ así como por la versión definitiva, aparecida en 1934, de la primera *Teoría pura del derecho* (*Reine Rechtslehre*).¹¹ A partir de aquel momento, la teoría pura del derecho se convierte en una de las fuentes principales de la teoría del derecho con orientación analítica italiana, pero, también, el objetivo por excelencia de los filósofos antianalíticos, y, en general, de todos los enemigos del “positivismo”, del “normativismo”, del “formalismo”, de la “modernidad jurídica” y sus (pretendidos) mitos, de los que se supone que el pensamiento kelseniano es la instancia paradigmática: la Babilonia intelectual que reúne en sí todos los errores y todos los pecados teóricos e ideológicos más abominables.¹²

pp. 139-141 (texto y nota 1), donde habla de “la concepción” del mundo de la crítica y del positivismo: “la dirección de la filosofía y de la ciencia, que tienen su punto de partida en el positivismo, esto es, en lo dado, lo perceptible, la experiencia, la cual puede, siempre, cambiar y cambia sin cesar, y rechaza, en consecuencia, la idea de un trascendente absoluto a esta experiencia”; Kelsen pretende, así, que “*El idealismo kantiano ya es positivista a causa de su carácter crítico*” (las *italicas* son mías). Véase, también, Kelsen, Hans, *Il concetto sociologico e il concetto giuridico dello stato. Studio critico sul rapporto tra stato e diritto*, Nápoles, ESI, 1994, pp. 218-227; Kelsen, Hans, “La dottrina del diritto naturale e il positivismo giuridico”, en Kelsen, Hans, *Teoria generale del diritto e dello stato*, Milán, Comunità, 1952, pp. 440-454; Kelsen, Hans, “Dottrina pura del diritto, «labandismo» e neokantismo. Una lettera a Renato Treves”, en Kelsen, Hans y Treves, Renato, *Formalismo giuridico...*, *cit.*, pp. 52-54; Kelsen, Hans, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Turín, Einaudi, 1952, §§ 9, 10, 11, 15-17.

⁹ Bobbio, Norberto, *L'indirizzo fenomenologico nella filosofia del diritto*, Turín, Giappichelli, 2018, pp. 65-70 y 98-104; Bobbio, Norberto, *Scienza e tecnica del diritto*, Turín, Giappichelli, 1934, pp. 7-9, 28 y 29; Bobbio, Norberto, “Aspetti odierni della filosofia giuridica in Germania (F. Kaufmann y Schreier)”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1934, pp. 576-595; Bobbio, Norberto, “Prefazione”, en Bobbio, Norberto, *Diritto e potere...*, *cit.*, pp. 1-10.

¹⁰ Kelsen, Hans, *Teoria generale del diritto...*, *cit.*

¹¹ Kelsen, Hans, *La dottrina pura del diritto*, trad. de Treves, Renato, Turín, Einaudi, 1952.

¹² Véase, por ejemplo, Grossi, Paulo, *Prima lezioni di diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2003, p. 85, nota 32. Donde, en pocas palabras, se encuentra un concentrado paradigmático de la crítica más ciega y superficial que reposa sobre los malentendidos del pensamiento kelseniano. Sin pretensión alguna de exhaustividad, en los escritos del segundo momento en que fue importada la teoría pura es necesario mencionar los siguientes: Capogrossi, Giuseppe, “Impressioni su Kelsen tradotto”, en Capogrossi, Giuseppe, *Opere*, Italia, Giuffrè, 1959, pp. 311-356; Del Vecchio, Giorgio, *Lezioni di filosofia del diritto*, 8a. ed., Italia, Giuffrè, 1952, pp. 168 y 169;

Las dimensiones del fenómeno son tales, que en el espacio limitado de un escrito como este es imposible proporcionar una imagen satisfactoria de los innumerables ladrillos que integran la recepción italiana de la teo-

Bobbio, Norberto, “La teoría pura del diritto e i suoi critici”, en Bobbio, Norberto, *Diritto e potere...*, cit., pp. 13-43; Bobbio, Norberto, “Formalismo giuridico e formalismo etico”, en Bobbio, Norberto, *Studi sulla teoria generale del diritto*, Italia, Giappichelli, 1955, pp. 145-162; Scarpelli, Uberto, “Società e natura nel pensiero di Hans Kelsen”, en Scarpelli, Uberto, *L'etica senza verità*, Italia, Il Mulino, 1982, pp. 299-314; Conte, Amedeo Giovanni, “Ricerche in tema d'interpretazione analogica”, en Conte, Amedeo Giovanni, *Filosofia dell'ordinamento normativo. Studi 1957-1968*, Italia, Giappichelli, 1997, pp. 3-7; Leoni, Bruno, “Oscurità e incongruenze nella dottrina kelseniana del diritto”, en Leoni, Bruno, *Scritti di scienza politica e di teoria del diritto*, Soveria Mannelli, Rubettino-Treviglio, Leonardo Facco, 2009, pp. 299-317; Losano, Mario G., “Saggio introduttivo”, en Kelsen, Hans, *La dottrina pura del diritto* (traducción italiana de la segunda edición de la *Reine Rechtslehre* – 1960), Italia, Einaudi, 1965, pp. xiii-lviii; Conte, Amedeo Giovanni, “Norma fondamentale”, en Conte, Amedeo Giovanni, *Filosofia dell'ordinamento...*, cit., pp. 317-321; Conte, Amedeo Giovanni, “Nomostatica e nomodinamica”, en Conte, Amedeo Giovanni, *id.*, pp. 323-335; Conte, Amedeo Giovanni, “In margine all'ultimo Kelsen”, en Conte, Amedeo Giovanni, *id.*, pp. 391-411; Conte, Amedeo Giovanni, “Primi argomenti per una critica del normativismo”, en Conte, Amedeo Giovanni, *id.*, pp. 413-480, en particular, pp. 417-457; Pattaro, Enrico, “Il positivismo giuridico italiano dalla rinascita alla crisi”, en Scarpelli, Uberto (coord.), *Diritto e analisi del linguaggio*, Italia, Comunità, 1976, pp. 451-486; Conte, Amedeo Giovanni, “Validità”, en Conte, Amedeo Giovanni, *Filosofia del linguaggio normativo. I. Studi 1965-1981*, Italia, Giappichelli, 1995, pp. 117-145; Tarello, Giovanni, “Prospetto per la voce «Ordinamento giuridico» di una enciclopedia”, *Politica del diritto*, VI, 1, 1975, pp. 73-102; Barberis, Mauro, “La norma senza qualità. Appunti su «validità» in Hans Kelsen”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XI, 2, 1981, pp. 405-438; Guastini, Riccardo, “Introduzione”, en Kelsen, Hans, *La teoria politica del bolscevismo e altri saggi*, Italia, Il Saggiatore, 1981, pp. 7-32; Losano, Mario G., *Forma e realtà in Kelsen...*, cit., que incluye, también, el ensayo introductorio a la traducción italiana de la segunda edición de la *Reine Rechtslehre* (“L'evoluzione della teoria pura del diritto”, pp. 13-66); Scarpelli, Uberto, “La critica analitica a Kelsen”, *Rivista di Filosofia*, 1981, pp. 481-490; Catania, Alfonso, *Il problema del diritto e l'obbligatorietà. Studio sulla norma fondamentale*, Italia, Edizioni Scientifiche Italiane, 1983; Roehrsen, Carlo (coord.), *Hans Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del Novecento*, Italia, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 1983; Carrino, Agostini, *L'ordine delle norme. Politica e diritto in Hans Kelsen*, Italia, Edizioni Scientifiche Italiane, 1984; Guastini, Riccardo, “I briganti e lo Stato. Un enigma nella dottrina pura del diritto”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 38, 2, 1984, pp. 655-665; Losano, Mario G., “La dottrina pura del diritto dal logicismo all'irrazionalismo”, en Kelsen, Hans, *Teoria generale delle norme*, Italia, Einaudi, 1985, pp. xvii-lxi (ensayo introductorio a la traducción italiana de la *Allgemeine Theorie der Normen*-1979); Parodi, Giovanni, “Sul concetto di «norma giuridica» nell'Allgemeine Theorie der Normen di Hans Kelsen”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XV, 1, 1985, pp. 153-231; Carrino, Agostini, *Kelsen e il problema della scienza giuridica*, Italia, Edizioni Scientifiche Italiane, 1987; Gianformaggio, Letizia, *In difesa del sillogismo pratico ovvero Alcuni argomenti kelseniani alla prova*, Italia, Giuffrè, 1987; Barcellona, Pietro, “La debolezza dell'universale giuridico. A proposito della teoria pura del diritto”, en Carrino, Agostini (coord.), *Kelsen e il problema della sovranità*, Italia, Edizioni Scientifiche Italiane, 1990, pp. 67-82; Celano, Bruno, *Dover essere e intenzionalità. Una critica all'ultimo Kelsen*, Turin, Giappichelli, 1990; Gianformaggio, Letizia (coord.), *Hans Kelsen's Legal Theory. A Diachronic Point*

ría pura del derecho. Por lo tanto, tendré que limitarme a perseguir el objetivo, en verdad muy modesto, de contar algunos de sus episodios solamente. En particular, trataré de proporcionar una idea de la recepción de la teoría jurídica kelseniana, respectivamente, en tres figuras capitales de la cultura jurídica: Giuseppe Capograssi, Norberto Bobbio y Riccardo Guastini. Como se verá, los tres autores ilustran tres estilos diferentes de crítica: la crítica a través de las gruesas gafas ahumadas de la prevención ideológica (Capograssi), la crítica teórica y metateórica, al unísono interna (o, desde el punto de vista de la propia teoría pura) y externa (o, a partir de una perspectiva propiamente externa) (Bobbio), la crítica analítica interna (Guastini).

of View, Italia, Giappichelli, 1990; Bobbio, Norberto, “Nazioni e diritto: Umberto Campagnolo allievo e critico di Hans Kelsen”, *Diritto e cultura*, 1993, pp. 117-132; Gianformaggio, Letizia, *Estudios sobre Kelsen*, México, Fontamara, 1994; Gianformaggio, Letizia y Paulson, S. L. (coords.), *Cognition and Interpretation of Law*, Italia, Giappichelli, 1995; Guastini, Riccardo, *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Italia, Giappichelli, 1996, que contiene los ensayos: “Norme, giudizi di validità, e scienza giuridica nell’ultimo Kelsen” (pp. 101-113) y “Kelsen su conoscenza giuridica e interpretazione scientifica” (pp. 211-216); Comanducci, Paolo, “Kelsen e la clausola alternativa tacita”, en Comanducci, Paolo, *Assaggi di metaetica due*, Italia, Giappichelli, 1998, pp. 139-158; Celano, Bruno, *La teoria del diritto di Hans Kelsen. Una introduzione critica*, Italia, Il Mulino, 1999; Losano, Mario G., “Presenze italiane in Kelsen”, en Kelsen, Hans, Campagnolo, Umberto, *Diritto internazionale e Stato sovrano. Con un inedito di Hans Kelsen e un saggio di Norberto Bobbio*, Italia, Giuffrè, 1999, pp. 7-77; Guastini, Riccardo, *Distinguendo ancora*, España, Argentina-Brasil, Marcial Pons, 2013, que contiene los ensayos “Questioni aperte nella teoria pura” (pp. 69-76), “La norma fondamentale riveduta” (pp. 77-90) y “Garantismo e dottrina pura del diritto” (pp. 91-103); Chiassoni, Pierluigi, *Da Bentham a Kelsen. Sei capitoli per una storia della filosofia analitica del diritto*, Italia, Giappichelli, 2016, que consagra a la obra de Kelsen los capítulos V (“L’utopia nel novecento: Kelsen e la teoria pura del diritto”) y VI (“Il realismo radicale della teoria pura del diritto”); Ferrajoli, Luigi, *La logica del diritto. Dieci aporie nell’opera di Hans Kelsen*, Italia, Laterza, 2016; Guastini, Riccardo, *Discussendo*, España-Argentina-Brasil, Marcial Pons, 2017, que contiene el ensayo “Ancora sulla validità in Kelsen” (pp. 81-90); Guastini, Riccardo, “A path that Forks. Legal Science between Is and Ought”, *Analisi e Diritto*, 2021, pp. 107-113.

El segundo momento se caracteriza, también, por un esfuerzo notable en la traducción de las obras de Kelsen. Además de las traducciones ya citadas, es necesario mencionar, al menos: Kelsen, Hans, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico esposti a partire dalla dottrina della proporzione giuridica* (traducción editada por Agostino Carrino de *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze* – 1911), Italia, Edizioni Scientifiche Italiane, 1997; Kelsen, Hans, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale* (traducción editada por Agostino Carrino de *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer Reinen Rechtslehre* – 1920), Italia, Giuffrè, 1989; Kelsen, Hans, *Il concetto sociologico e il concetto giuridico dello Stato. Studio critico sul rapporto tra Stato e diritto* (traducción y edición de Agostino Carrino de *Der soziologische und juristische Staatsbegriff. Kritische Beitrag über das Verhältnis zwischen Staat und Recht* – 1928), Italia, Edizioni Scientifiche Italiane, 1997; Kelsen, Hans, *Dottrina generale dello stato* (traducción editada por J. Lüther de *Allgemeine Staatslehre* – 1925), Italia, Giuffrè, 2013; Kelsen, Hans, *Scritti autobiografici* (traducción y edición de Mario G. Losano), Italia, Diabasis, 2008.

Sin embargo, no me contentaré con esto. Si es el caso, haré, por mi parte, la crítica de la crítica.

II. LAS MALAS “IMPRESIONES” DE GIUSEPPE CAPOGRASSI

Se puede fechar en 1952 el inicio del segundo momento de la recepción de la teoría pura en la cultura jurídica italiana. Como dije, es el año de la publicación de la traducción italiana de dos obras teóricas fundamentales de Kelsen: *Teoría pura del derecho. Introducción a los problemas de la ciencia jurídica (Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik)* y *Teoría general del derecho y del Estado (General Theory of Law and State)*. La primera presenta, bajo una forma concisa, pero completa, la teoría pura del derecho en su periodo (podría decirse) de positivismo (neo)kantiano puro, inspirado por el constructivismo epistemológico más marcado.¹³ La segunda es la obra “americana”, aparecida en 1945, en la cual la perspectiva epistemológica del positivismo (neo)kantiano puro se transforma en un positivismo (neo)kantiano descriptivo, acentuando el carácter empírico y descriptivo de la ciencia normativa del derecho, sea en tanto teoría general comparativa y estructural de los órdenes jurídicos positivos, sea en tanto ciencia jurídica “dogmática” con miras a dar cuenta del contenido de las normas válidas de un cierto orden positivo por medio de “proposiciones jurídicas” (reglas de derecho en un sentido descriptivo, proposiciones jurídicas, proposición de derecho) (*rules of law in a descriptive sense, Rechtssätze, proposition de droit*).¹⁴

También en 1952, Giuseppe Capograssi —filósofo del derecho venerado (el “mítico Capograssi”) y partidario del “método de la modestia” en las relaciones con la ciencia jurídica¹⁵— publica sus *Impresiones sobre Kelsen traducido (Impressioni su Kelsen tradotto)*.¹⁶

Este escrito puede ser considerado como el manifiesto del antikelsenianismo en la cultura jurídica italiana de la posguerra. Actuando como un

¹³ Todo objeto de conocimiento científico, en su forma de cosmos inteligible y ordenado, no preexiste a la actividad cognitiva, sino que es su producto.

¹⁴ Sobre los diferentes periodos de la teoría pura, desde el punto de vista de las ideas, así como aparatos conceptuales y epistemológicos, véase, por ejemplo, Chiassoni, Pierluigi, *op. cit.*, pp. 308-337.

¹⁵ Bobbio, Norberto, “Filosofia del diritto e scienza del diritto in Italia nell’ultimo cinquantennio”, en Quaranta, Mario, *Norberto Bobbio. Un “illuminista pessimista”. Con un inedito di Norberto Bobbio*, Italia, Il Poligrafo, 2018, p. 167. Bobbio inventa la expresión para marcar la oposición de Capograssi al “método excelente” que, en su opinión, caracteriza a los filósofos del derecho idealistas como Giovanni Gentile y su alumno Ermanno Cammarata.

¹⁶ Capograssi, Giuseppe, *op. cit.*, pp. 311-356.

“lector deseoso de aprender” y, al mismo tiempo, “ignorando las polémicas” académicas que rodeaban la doctrina kelseniana, Capograssi se propone narrarnos sus “impresiones”. Estas impresiones son profundamente negativas. Capograssi considera a la *Teoría pura del derecho. Introducción a los problemas de la ciencia jurídica* (*Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*), así como la *Teoría general del derecho y del Estado* (*General Theory of Law and State*), como dos obras que pertenecen a un “momento” ya “superado por la cultura europea” y “desarrollan de una manera muy rigurosa una concepción del derecho fácil, peligrosa y típica” de dicho pasado: una concepción que es útil de leer —“tanto para los mayores, como para los jóvenes”—, con el propósito de que sus defectos sean exactamente aprehendidos y su reputación definitivamente destruida”.¹⁷

En su crítica, Capograssi identifica cinco grandes vicios de la teoría pura: *i*) el iusnaturalismo formal; *ii*) el reduccionismo teórico; *iii*) la incoherencia epistemológica; *iv*) la incoherencia teórica, y, como consecuencia del iusnaturalismo formal, *v*) la violación del postulado de la pureza ideológica.

- i) El *iusnaturalismo formal* residiría en una adhesión incondicional al principio iusnaturalista (“de derecho natural”), que considera la fuerza como un factor constitutivo del derecho, de todo derecho positivo, y que le proporciona, además, una legitimidad moral, sin importar su contenido:

Pocas veces, la concepción del derecho como fuerza desnuda, ha sido formulada y desarrollada con tan acertada y completa coherencia, tanto en sí misma, como en su natural explicación y realización en las formas vacías de las normas. Se tiene, aquí, en la forma más racional y perfecta, al derecho natural de la fuerza y su dogmática.¹⁸

- ii) El *reduccionismo teórico* consistiría en adoptar una postura irrealista (en “contraste con la estructura de la vida” humana). Una postura como tal pretendería representar al derecho, considerando solamente su dimensión técnica, de mecanismo sancionador (“un automatismo geométrico de guillotina”), y su dimensión ideológica: de las ideologías y de los intereses que se sirven del derecho y son, por su parte, el fruto de la “pura y arbitraria emotividad”, así como de una voluntad “irracional”. Esta postura reduciría “el mundo del derecho a un mundo espectral en el cual, ni la vida, ni la historia son posibles”, y

¹⁷ *Ibidem*, p. 313.

¹⁸ *Ibidem*, pp. 331, 332, 335, 337 y 338.

olvidaría, además, la dimensión moral y existencial del derecho, la cual, sin embargo, se encuentra sumamente presente de acuerdo con el sentir común que observa al derecho como “una de las garantías y esperanza de libertad y humanidad que el hombre posee en su vida”, reduciendo al derecho “a la fuerza y a la forma”; esta postura haría “inexplicable la vida y, en consecuencia, al propio derecho, que es un momento integrante de la vida”. En suma, esta postura introduciría una separación artificial entre forma y contenido, entre las normas y la conciencia de aquellos que ponen las normas.¹⁹

- iii) La *incoherencia epistemológica* (“manifiesta y extrínseca”) residiría en el contraste siguiente. Por una parte, la epistemología “científica-crítica”, adoptada por Kelsen, pretende librar una lucha sin cuartel contra cualquier forma de pensamiento metafísico frente al derecho, contra todo dualismo (entre derecho natural y derecho positivo, entre derecho y Estado, entre derecho subjetivo y derecho objetivo, entre derecho público y derecho privado, etcétera), que sería el resultado, a menudo inconsciente, de una duplicación de la realidad: del impulso humano a añadir a la realidad de la experiencia sensible, la sola realidad existente, otra realidad más profunda e importante (Dios, el Estado, el derecho natural, etcétera), más allá de la realidad de la experiencia sensible. Por otra parte, sin embargo, la epistemología “científica-crítica” no puede evitar admitir que sus principios concernientes al conocimiento tanto de la naturaleza como del derecho representan “un mínimo, aquí de metafísica, allá de derecho natural, sin el cual ningún conocimiento es posible, ni de la naturaleza, ni del derecho”.²⁰ Por desgracia, sostiene Capograssi, la admisión de este “mínimo” equivale a admitir la metafísica por completo: el misterio, el enigma, la cosa en sí, todo aquello que va más allá de la experiencia sensible y que la rodea en tanto parte poderosa, inagotable, no eliminable de la vida humana.²¹
- iv) La *incoherencia teórica* (“intrínseca y sustancial”) consistiría, por su parte, en este contraste. Kelsen sostiene que el contenido del derecho positivo, en tanto que refleja los conflictos y la composición (unilateral o recíproca) de conflictos entre intereses irracionales, materiales y espirituales (ideológicos) puede, sin embargo, ser ordenado, devenir coherente, por la ciencia. No obstante, todo aquello que puede ser

¹⁹ *Ibidem*, pp. 348, 350, 351, 354 y 355.

²⁰ Kelsen, Hans, “Natural Law Doctrine and Legal Positivism”, en Kelsen, Hans, *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, 1945, p. 437.

²¹ Capograssi, Giuseppe, *op. cit.*, pp. 341 y 342.

ordenado, que puede presentarse como coherente, es racional. En consecuencia, al contrario de aquello que Kelsen pretende, el contenido del derecho positivo no es irracional, sino racional:

...si la vida se ordena, ello quiere decir que es ordenable, esto es, susceptible de orden, abierta al orden, lo que quiere decir que la irracionalidad o desconocimiento del logos es solamente una apariencia, una imagen falsa, puesto que, en el fondo, la vida posee una lógica en sí misma que permite dirigirla, a pesar de todo, a través de la interpretación, hacia la coherencia de sí misma.²²

- v) Por último, la teoría pura del derecho se caracterizaría, además, por la *violación*, aunque involuntaria, del *postulado de la pureza científica* y de la neutralidad ideológica y, paralelamente, por ponerse al servicio, también involuntariamente, del absolutismo político:

[A]l reducir el derecho a la fuerza y a la forma y al reducir todo aquello que no es fuerza y forma a la ideología, esta doctrina se resuelve en las más anti-gua, más clásica, más venerada (en los hechos, pero no en las palabras) de las ideologías políticas: la ideología de la fuerza como derecho... Este (pretendido) conocimiento “objetivo” y “científico” constituye un verdadero tesoro para todas las fuerzas que no solamente desean sentirse libres de obstáculos externos, sino también libres de obstáculos internos, libres de principios, libres tanto de *jure*, como de *facto*. Es su doctrina ideal, la doctrina que les enseña que todo aquello que desean, si logran hacerse obedecer a través de un sistema organizado por sanciones, es derecho: derecho puro, derecho verdadero, derecho válido.²³

Si se examinan las críticas de Capograssi a la luz de una consideración desapasionada de la obra kelseniana, como ya lo hizo Treves en los años treinta,²⁴ y como lo haría Bobbio en su ensayo de 1954 (*infra*, III), éstas se muestran infundadas. El pretendido iusnaturalismo formal no es otra cosa

²² *Ibidem*, pp. 342 y 343.

²³ *Ibidem*, pp. 345 y 346.

²⁴ Véanse los escritos citados, *supra*, nota 7 y, en particular, Treves, Renato, “Intorno alla concezione del diritto di Hans Kelsen”, aparecido en 1952, que ponen al día los cambios de “tono” entre la teoría pura, en tanto teoría “estática” del derecho, representada por los *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus dem Lehre der Rechtssätze*, Tubinga, Mohr, 1911, y la teoría pura en tanto teoría “dinámica” del derecho, en la formulación adoptada en los escritos “americanos”, como Kelsen, Hans, “Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence”, *Harvard Law Review*, 55, 1, 1941, pp. 44-70; Kelsen, Hans, *Society and Nature. A Sociological Inquiry*, Estados Unidos de América, University of Chicago Press, 1943; Kelsen, Hans, *General Theory...*, *cit.*, y Kelsen, Hans, “Causality and Imputation”, *Ethics*, 61, 1, 1950, pp. 1-11.

que una concepción realista y científica, desprovista de todo compromiso ideológico, de los factores —fuerza, intereses materiales, e intereses espirituales— que explican el nacimiento, la conservación y la destrucción de los órdenes jurídicos positivos. El pretendido reduccionismo teórico es, también, el producto, consciente y atentamente buscado, de una actitud auténticamente científica hacia el derecho, la cual rechaza todo reconocimiento de una “dimensión ideal” del derecho, cierta y determinada (por ejemplo, de la “libertad” y “humanidad” invocadas por Capograssi) como una violación clara de la pureza ideológica de la teoría jurídica. En resumen, las cargas de incoherencia epistemológica e incoherencia teórica son el resultado de una actitud poco benevolente hacia la teoría pura por parte de Capograssi que, como hemos visto, raya en el puro juego de palabras (aunque esta actitud parece involuntaria).

Sin embargo, desde el punto de vista de la historia cultural, las críticas de Capograssi, lejos de representar una combinación de tesis idiosincráticas y equivocadas, son devenidas representativas de una manera de “malinterpretar” la teoría pura bastante difundida entre los filósofos del derecho, los juristas, los historiadores y también entre algunos teóricos del derecho italianos (y, cabría agregar, no solamente italianos), que se ha extendido hasta nuestros días.²⁵

III. NORBERTO BOBBIO: LOS ERRORES DE LA CRÍTICA, LA CRÍTICA A LOS ERRORES

En los años treinta, como mencioné (*supra*, I), pero, sobre todo, en el curso del segundo momento, con una pasión constante, atizada y reforzada por la adhesión a la filosofía y al método analítico, Norberto Bobbio fue el responsable del “kelsenitismo” de la cultura italiana:²⁶ en tanto especialista, defensor y crítico de la teoría pura del derecho.

En este parágrafo me propongo dar cuenta de algunos aspectos, solamente, de la recepción bobbiana de la obra teórica de Kelsen.²⁷ Al seguir

²⁵ Véase, por ejemplo, Grossi, Paolo, *Prima lezione di diritto...*, cit.

²⁶ Bobbio, Norberto, *Diritto e potere...*, cit., p. 2.

²⁷ Sobre este tema, Carrino, Agostino, “Introduzione. Oltre Kelsen. Norberto Bobbio e la dottrina pura del diritto”, en Bobbio, Norberto, *Diritto e potere...*, cit., pp. XI-XXXVI. En su ensayo, Carrino sostiene la visión de una teoría pura incapaz de honrar su postulado de pureza, entendido como requisito de la separación más absoluta entre el mundo del *Sein* y el mundo del *Sollen*, así como la neutralidad ideológica más absoluta. En otro escrito (Carrino, Agostino, *Kelsen e il problema della Scienze giuridica*, Italia, Edizioni Scientifiche Italiane, 1987,

el procedimiento adoptado por el propio Bobbio, trataré, primero, la crítica bobbiana dirigida hacia las críticas de la teoría pura (1) y, después, la crítica bobbiana dirigida hacia la teoría pura (2).

1. *Los errores de la crítica: Bobbio contra Capograssi y compañía*

Los errores de la crítica, que Bobbio considera, son los errores de las “típicas críticas”.²⁸ Estas críticas acusan a la teoría pura de haber contribuido a hacer de los juristas los cómplices de los regímenes dictatoriales más deleznable, de haber adoptado una postura legalista o formalista ética bajo la máscara de la distinción, ideológicamente marcada, entre valor y validez de las normas jurídicas (Capograssi), de haber promovido los valores de la neutralidad y del conformismo hacia todo poder constituido, propios de la pequeña burguesía (Nicolosi), de haber contribuido a la legitimación del Estado de derecho burgués contra el Estado socialista (Pashukanis, Vishinski); de haber presentado una ciencia del derecho normativo “viciada” y “árida” como la única ciencia del derecho posible, todo esto desconociendo la utilidad de la sociología jurídica (Cowan); de haber seguido el ideal de una ciencia normativa del derecho perfectamente inútil, rechazando dar cuenta de la realidad jurídica a través de un enfoque naturalista (Frank, Llewellyn); de ser, o bien una manifestación tardía, y de todas formas inaceptable, de la jurisprudencia de conceptos (*Begriffsjurisprudenz*), o bien una teoría autocontradictoria que pretende ser, al unísono, formalista y antiformalista.²⁹

pp. 11-52) atribuye al “último” Kelsen solamente, al Kelsen de las obras posteriores a 1960, la concepción voluntarista de la norma jurídica, de acuerdo con la cual una norma es el significado de un acto de voluntad dirigido hacia la conducta de otro, que sería la causa de su “irracionalismo” y la destrucción de la teoría del “primer” Kelsen. Se trata de tesis críticas, generalizadas, pero, desgraciadamente, dudosas. En efecto, ya se encuentra la idea de la conexión entre el mundo del *Sein* y el mundo del *Sollen* (en particular la idea de la eficacia como condición factual de la validez), así como la concepción voluntarista de las normas jurídicas, por citar algunas obras del “primer” Kelsen en: *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer Reine Rechtslehre* (traducción italiana, *Il problema della sovranità...*, cit., pp. iv y v); en la primera edición de la *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Leipzig y Viena, F. Deuticke, 1934, por ejemplo, en los §§ 5 y 30, y en la segunda edición de la *Reine Rechtslehre*, por ejemplo, los §§ 4, b) y 34, g. Las críticas de Carrino sugieren la contraposición entre un “verdadero” Kelsen, el Kelsen neokantiano puro, que habría seguido la separación más radical entre el mundo del *Sein* y el mundo del *Sollen*, y un Kelsen “torpe” que llega a sostener tesis incompatibles con el programa del primero. A la luz de las obras de Kelsen que he citado, estos dos Kelsen, aparentemente, no existen.

²⁸ Bobbio, Norberto, “La teoría pura del diritto...”, cit., p. 43.

²⁹ *Ibidem*, pp. 15-42.

Éstas son críticas superficiales (“más relucientes que sólidas”),³⁰ que brotan de los prejuicios, de ideas recibidas, de *wishful thinking*, más que de una reflexión metódicamente indulgente y atenta a la complejidad del edificio teórico y metateórico kelseniano.

Por esta razón, es fácil para Bobbio exponer sus errores, que son, al fin y al cabo, muy evidentes para cualquier lector atento de la obra kelseniana.³¹

La apología bobbiana de la teoría pura entraña, sin embargo, un valor específico que es necesario poner al día. Bobbio sugiere que de todas las críticas consideradas, sean éstas formuladas por iusnaturalistas, historicistas, marxistas, estalinistas, sociólogos del derecho, realistas americanos, etcétera, comparten en el fondo, un mismo defecto. Se trata de la incapacidad, si no del rechazo, de comprender la importancia de la *distinción*, como instrumento esencial para todo discurso, sea ello científico o ideológico, en la medida en que este discurso pretende la claridad conceptual, la precisión y el control de las tesis, así como la honestidad intelectual. Las “típicas” críticas de la teoría kelseniana fallan en su objetivo porque ignoran, o desprecian, la técnica de la distinción y, en general, todos los procesos analíticos; o se sienten incómodos con ellos.

2. La crítica a los errores

La crítica a los “errores” con los que, de acuerdo con Bobbio, la teoría pura estaría viciada, concierne principalmente tres aspectos: el enfoque epistemológico, la teoría del derecho positivo y la teoría de la ciencia jurídica (“dogmática”).

A. Crítica de la epistemología jurídica kelseniana

Por lo que respecta al enfoque epistemológico kelseniano, la crítica de Bobbio puede resumirse en dos tesis.³²

La primera concierne al (neo)kantismo. Al escribir en 1973, y hacer referencia prioritariamente a la segunda *Teoría pura del derecho* (*Reine Rechtslehre*) como a la formulación más acabada y final del pensamiento teórico kelseniano, Bobbio sostiene que la influencia sobre la teoría pura de las ideas que Kelsen ha extraído de la filosofía (neo)kantiana ha devenido, o

³⁰ *Ibidem*, p. 43.

³¹ *Ibidem*, pp. 15-43.

³² Bobbio, Norberto, “Struttura e funzione...”, *cit.*, p. 79.

bien inexistente, o bien superficial y dispensable (el fruto de un “coqueteo”).

Por una parte, si bien es cierto que el propio Kelsen habla de una “convergencia significativa” (aunque “casual”) con “el neokantismo de la Escuela de Marburgo”, y Kelsen sea considerado, “aún hoy en día... como un neokantiano”, Bobbio subraya que “el nombre de Hermann Cohen no es citado una sola vez en la segunda edición de la *Teoría pura* (*Reine Rechtslehre*), que constituye... la cúspide de su pensamiento”.³³

Por otra parte, Kelsen “puede llamarse kantiano solamente en la medida en que se vincula con la gran dicotomía entre la esfera del *Ser* y la esfera del *Deber ser*, que se suele hacer remontar a Kant”.³⁴ Sin embargo, de acuerdo con Bobbio, una consideración exacta del papel interpretado por tal dicotomía, en tanto pilar fundamental de todo el edificio teórico kelseniano, revela que

...entre la dicotomía kantiana que separa el reino de la necesidad del reino de la libertad, y la dicotomía kelseniana que distingue entre naturaleza y sociedad, yace toda diferencia que existe entre un enfoque filosófico y un enfoque científico del problema: la dicotomía kelseniana se resume en la contraposición de dos sistemas de representación de la realidad, uno fundado sobre relaciones de causalidad, el otro sobre relaciones de imputación. *Para ninguna de las tesis de Kelsen, es necesario perturbar a Kant, a fin de explicar su origen y comprender su significado, aunque Kelsen, en reiteradas ocasiones, “coqueteó” con la Crítica de la Razón Pura.*³⁵

La segunda tesis corresponde a la concepción kelseniana del ideal de pureza como neutralidad evaluativa (*Wertfreiheit*). La tesis sostiene que Hans Kelsen ha adoptado una concepción (irrazonablemente) extrema del “dualismo entre hechos y valores”, caracterizada por una “rigidez excesiva”, que lo condujo a proponer una concepción cuestionable de la ciencia jurídica:

³³ *Ibidem*, p. 79.

³⁴ *Idem*. Bobbio, en 1973, no considera dignos de atención los artículos de Kelsen posteriores a 1960; por ejemplo, Kelsen, Hans, “Derogation”, en Newman, Ralph A. (coord.), *Essays in Honor of Roscoe Pound*, Estados Unidos de América, The Bobbs-Merrill Co., 1962, pp. 339-355; Kelsen, Hans, “Recht und Logik”, *Forum*, 12, 165, pp. 421-425, 495-500 y 575-579; sin embargo, tenía conocimiento de estos artículos habiendo sido señalados por Mario G. Losano en su traducción de la segunda edición de la *Reine Rechtslehre*, Kelsen, Hans, *La doctrina pura...*, *cit.*, p. 91, nota 1. La *Allgemeine Theorie der Normen* habría aparecido, especialmente, en 1979.

³⁵ Bobbio, Norberto, “Struttura e funzione...”, *cit.*, p. 79. Las cursivas son mías.

Cualquiera que tenga cierta familiaridad con las obras de Kelsen, sabrá muy bien que tan importante es, en su concepción de la ética del hombre de ciencia, el compromiso a no prescribir nada: Kelsen presiona tan lejos este compromiso, que lo extiende desde la teoría general del derecho, donde luce más natural, hasta la obra de los juristas.³⁶

Esta segunda tesis se relaciona con la crítica bobbiana de la teoría kelseniana de la ciencia jurídica: una crítica que es, en parte, discutible, y sobre la cual volveré más adelante. La primera tesis merece ser analizada aquí.

Determinar el papel interpretado por la filosofía (neo)kantiana en la teoría pura del derecho representa, hasta nuestros días, uno de los desafíos más difíciles para la kelsenología.³⁷

Para salir del paso, Bobbio distingue entre neokantismo y kantismo. La influencia del neokantismo sería, para el Kelsen de la segunda *Teoría pura del derecho* (*Reine Rechtslehre*), inexistente. Aquella del kantismo sería, por el contrario, una simple apariencia: un fuego que no brilla más.

Sin embargo, y precisamente a la luz de la segunda *Teoría pura del derecho* (*Reine Rechtslehre*), la crítica de Bobbio parece demasiado tajante, muy poco analítica, para ser aceptable. Él actúa aquí, extrañamente, como Alejandro que corta el nudo gordiano, más que como de costumbre: esto es, como un Norberto Bobbio que desenreda pacientemente la madeja kelseniana.

La tesis de la no existencia de una influencia neokantiana es sugerida, como se ha visto, al subrayar la ausencia de toda cita de las obras de Hermann Cohen. Sin embargo, incluso una lectura superficial de la segunda *Teoría pura del derecho* (*Reine Rechtslehre*) revela que aún se encuentra impregnada de kantismo y de neokantismo: que el kantismo y neokantismo, *diga lo que diga* Bobbio, son de gran utilidad para “explicar el origen” y “comprender el significado” de ciertas tesis kelsenianas. Kelsen emplea aún el “método tras-

³⁶ *Ibidem*, p. 85; Bobbio, Norberto, “Perelman e Kelsen”, en Bobbio, Norberto, *Diritto e potere...*, cit., pp. 226-228.

³⁷ Véase, por ejemplo, Wilson, A., “Is Kelsen Really a Kantian?”, en Twining, William & Tur, Richard (coords.), *Essays on Kelsen*, Estados Unidos de América, Clarendon Press, 1986, pp. 37-64; Steiner, Hillel, “Kant’s Kelsenianism”, en *id.*, pp. 65-75; Bulygin, Eugenio, “An Antinomy in Kelsen’s Pure Theory of Law”, en Bulygin, Eugenio, *Essays in Legal Philosophy*, Estados Unidos de América, Oxford University Press, 2015, pp. 235-251; Paulson, Stanley L., *Fundamentación crítica de la doctrina de Hans Kelsen*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000; Paulson, Stanley L., “Metamorphosis in Hans Kelsen’s Legal Philosophy”, *Modern Law Review*, 80, 2017, pp. 860-894; Paulson, Stanley L., “The Neo-Kantian Dimension of Kelsen’s Legal Theory and Its Limits”, trabajo presentado en el International Congress of Methodology and Legal Theory, Universidad de Genova, Instituto Tarello para la Filosofía del Derecho, 19 al 10 de junio de 2019.

cidental” extraído —con adaptaciones y reservas conscientes— de Cohen y otros neokantianos.³⁸ El principio de la *pureza metodológica* (el rechazo de todo sincretismo), el principio de la *pureza axiológica* (el rechazo de todo compromiso ético-normativo), el rechazo de toda metafísica (la crítica al iusnaturalismo), el *método de la hipótesis trascendental* (la norma fundamental como “constitución lógico-trascendental”, como condición epistemológica presupuesta de la que depende el “carácter normativo” del derecho, su ser como sistema de *normas válidas*), el principio de *reducción de la sustancia a la relación o la función* (las normas presentadas en su función de dispositivos de interpretación —*Deutungsschemata*— del comportamiento social de los hombres), el *constructivismo epistemológico* (el conocimiento debe “construir” su objeto como un todo dotado de sentido: *sinnvoll*), son cada uno entre los instrumentos que conservan todavía una importancia evidente y determinante.³⁹ Por supuesto, ya no estamos, como lo subrayé antes, en el periodo de una epistemología positivista (neo)kantiana pura.⁴⁰ Sin embargo, se ha entrado a un periodo de positivismo (neo)kantiano descriptivo.⁴¹ El constructivismo epistemológico, en particular, se presenta bajo una forma modificada y, como lo pretende Kelsen, refinada.⁴² Ahora, no trata más de *construir* las propias normas jurídicas, a partir de materiales jurídicos empíricos producidos por las autoridades constituidas. Se trata, en cambio, de elaborar una *descripción sistematizadora*: esto es, una descripción que informe sobre el contenido de las normas válidas de un orden jurídico positivo, a través de las proposiciones jurídicas, presentándolas como sistema provisto de sentido: como un conjunto normativo unitario y coherente.⁴³

³⁸ Véase, sobre el punto de las adaptaciones y reservas, Kelsen, Hans, *Problemi fondamentali...*, cit., p. 30; Kelsen, Hans, “Dottrina pura del diritto...”, cit., pp. 52-54.

³⁹ Véase, por ejemplo, Kelsen, Hans, *La dottrina pura...*, cit., §§ 1, 2, 3, 4, 6, 16, 34, incisos d) y e), 35, inciso i).

⁴⁰ Véase, por ejemplo, Kelsen, Hans, *La dottrina del diritto naturale...*, cit., pp. 397-454.

⁴¹ Que, de acuerdo con Kelsen, no sería el resultado de un cambio de perspectiva, sino del refinamiento del constructivismo originario a través de la distinción, a la vez nueva e innovadora, entre normas jurídicas y proposiciones jurídicas (Kelsen, Hans, *La dottrina pura...*, cit., p. 90, nota 1).

⁴² *Ibidem*, p. 98, nota 1.

⁴³ *Ibidem*, pp. 89-92, 226-235 y 247-259. Es, aparentemente, el enfoque (neo)kantiano el que conduce a Kelsen a sostener la tesis indirecta de los principios lógicos de no-contradicción e inferencia, a las normas jurídicas (p. 91); tesis que considera errónea y rechaza definitivamente a partir de la carta a Ulrich Klug del 4 de julio de 1960 (Kelsen, Hans y Klug, Ulrich, *Rechtsnormen und logische Analyse*, Viena, F. Deuticke, 1981; traducción al castellano, *Normas jurídicas y análisis lógico* (con un estudio preliminar de Eugenio Bulygin), España, Centro de Estudios Constitucionales, 1988, pp. 79 y 80).

La tesis del kantismo de Kelsen como “coqueteo” es, igualmente, discutible. Bobbio la sostiene, como se ha visto, subrayando que Kant y Kelsen habrían adoptado, respectivamente, una concepción “filosófica” y una concepción “científica” de la gran dicotomía entre *ser* y *deber ser*.

Por desgracia, Bobbio no define tal distinción, que se encuentra lejos de ser evidente. Si, no obstante, planteamos la hipótesis, por supuesto razonable, de que es necesario indicar la diferencia entre una concepción ontológica y una concepción epistemológica (o gnoseológica) de la dicotomía entre *Sein* y *Sollen*, su argumento parece ignorar la pluralidad de sentidos que la “dicotomía” entraña en Kant y Kelsen. En particular, por lo que respecta a la posición de Kelsen, ésta se caracteriza por un grado elevado de complejidad que Bobbio aparentemente no considera.

En primer lugar, cuando considera el pensamiento de Kant, Kelsen pone siempre atención en distinguir entre la ontología, la epistemología y la ética kantianas. Piensa que el núcleo de la epistemología kantiana —que considera valiosa— se ubica en la crítica de la razón teórica.⁴⁴ Considera, por el contrario, la ética kantiana como, paradójicamente, precrítica y (en consecuencia) no crítica, ligada a la idea iusnaturalista de una razón práctica que, misteriosamente (y contradictoriamente), conoce y prescribe al unísono.⁴⁵ Considera, en fin, el desdoblamiento ontológico que opone el mundo empírico de los fenómenos sensibles y el mundo inteligible de las cosas en sí como, a la vez, problemático desde el punto de vista de la epistemología kantiana, dictado además por la exigencia ética de una derivación teológica y de una fundamentación de la libertad humana como “causa que no es el efecto de otra causa” y, en fin, y de todas formas, inaceptable desde el punto de vista del positivismo crítico al cual (Kelsen) se adhiere.⁴⁶

Además, en el pensamiento de Kelsen la “dicotomía” (el “dualismo”) entre *ser* (*Sein*) y *Sollen* no se refiere solamente a un conjunto de términos en oposición, como lo sugiere de una manera reduccionista Bobbio. Es, sobre todo, una expresión que evoca, nada más y nada menos, cinco pares de términos diferentes en oposición. En un primer sentido, “la dicotomía” se refiere a la distinción entre *dos “mundos” o “esferas” de la experiencia sensible*, en tanto objetos posibles de conocimiento científico: el mundo de los hechos ligados por la causalidad (*Sein*) y el mundo de las normas (y valores) socia-

⁴⁴ Kelsen, Hans, *Dottrina generale...*, cit., “Prefazione”.

⁴⁵ Kelsen, Hans, “Dottrina pura del diritto...”, cit., pp. 53 y 54.

⁴⁶ Kelsen, Hans, *La dottrina pura...*, cit., p. 119, nota 1. La distinción (dicotomía, dualismo) entre *Sein* y *Sollen* es, también, el objeto de varios capítulos de la obra póstuma *Allgemeine Theorie der Normen* (op. cit., capítulos 16, 17, 18 y 20) que, sin embargo, Bobbio, en el ensayo de 1973 que he considerado aquí, no parece tomar en cuenta.

les (morales, religiosos, jurídicos), que imputan consecuencias normativas a condiciones, conductas o estados de cosas (*Sollen*).⁴⁷ En un segundo sentido, “la dicotomía” se refiere a la distinción entre *dos formas de conocimiento científico* (que, para Kelsen, es todo conocimiento racional basado en la experiencia): por un lado, el *conocimiento causal-explicativo*, que concierne al mundo de los hechos causalmente ligados y se expresa a través de proposiciones que pertenecen a la “categoría” o “modo” del ser (*Sein-Sätze*); por el otro, el *conocimiento normativo*, que concierne a las normas producidas en las sociedades humanas, y que se expresa por medio de proposiciones que pertenecen a la “categoría” o “modos” de deber (*Soll-Sätze*).⁴⁸ En un tercer sentido, la “dicotomía” se refiere a la distinción entre *dos formas de considerar científicamente la realidad social*: la *consideración causal-explicativa*, que estudia los comportamientos sociales de los seres humanos en sus relaciones causales, y la *consideración normativa*, que estudia los comportamientos sociales humanos desde el punto de vista del sistema de normas que los califican y regulan.⁴⁹ En un cuarto sentido, “la dicotomía” se refiere a la distinción entre dos nociones o conceptos —el concepto de *Sein* y el concepto de *Sollen*—, que son “datos inmediatos y elementales de nuestra conciencia” y funcionan como “modos” de hacer referencia a cosas (por ejemplo, a los comportamientos humanos). Estas dos nociones o conceptos forman la base, en primer lugar, de la distinción entre *aserciones (Aussagen) ónticas*, que describen aquello que es, y *aserciones deónticas* (o proposiciones normativas), que describen aquello que debe ser; en segundo lugar, de la distinción entre *aserciones ónticas* y *normas*, entre las cuales no hay ninguna posibilidad de derivación lógica; en tercer lugar, y en fin, de la distinción entre *juicios de hecho* y *juicios de valor objetivos*.⁵⁰ En un quinto sentido, finalmente, “la dicotomía” se refiere a la distinción entre *dos actitudes frente a los fenómenos*: la actitud de *neutralidad ético-normativa (Wertfreiheit)*, que es el deber de todo hombre de ciencia, y la actitud de *compromiso moral y político*, que es la divisa de los moralistas y políticos (y, por supuesto, de aquellos que hacen “política del derecho”).⁵¹ Existe también, aparentemente, una sexta connotación, por medio de la cual “la dicotomía” se refiere a la distinción entre el mundo empírico de la necesidad causal y el mundo metaempírico de los deberes en sí. Sin embargo, como dije, Kelsen rechaza esta última dicotomía y la considera como el fruto de un pensamiento metafísico inaceptable.

⁴⁷ Kelsen, Hans, *La dottrina...*, cit., pp. 28 y 29.

⁴⁸ *Ibidem*, §§ 17, 26.

⁴⁹ *Ibidem*, § 21.

⁵⁰ *Ibidem*, pp. 14 y 15.

⁵¹ *Ibidem*, p. 1.

La identificación que antecede, aunque provisional, deberá ser suficiente para alumbrar que, frente a la “dicotomía” entre *Sein* y *Sollen*, existen varios puntos de contacto entre la epistemología jurídica kelseniana y el pensamiento de Kant (y de los neokantianos) que Bobbio, en su crítica tajante, aparentemente ignora.

Las consideraciones que he formulado sugieren algunas conclusiones. Al contrario de lo que Bobbio sostiene, en el periodo de la segunda *Teoría pura del derecho* (*Reine Rechtslehre*), todavía, la relación entre la teoría pura del derecho y la filosofía kantiana y neokantiana es un hecho incontestable y, aparentemente, más que otra cosa que una simple cuestión de coquetería. La epistemología jurídica kelseniana se presenta, todavía, como el resultado meditado de una confrontación continua y sin prejuicios con la filosofía kantiana, la filosofía neokantiana e, igualmente, otros enfoques filosóficos, que incluyen el debate sobre la objetividad y la variedad de las ciencias sociales, el empirismo de Hume y el neopositivismo lógico. Tal reflexión no parece estar dictada por una simple curiosidad de amateur y, por lo tanto, un fin en sí, sino, sobre todo, por la exigencia metacientífica de establecer un método auténticamente capaz de garantizar la cientificidad del conocimiento jurídico: sea en lo general (teoría general del derecho), sea en relación con el contenido de las normas de los órdenes jurídicos positivos particulares (ciencia jurídica “dogmática”).

B. Crítica de la teoría kelseniana del derecho positivo

Volviendo a la teoría kelseniana del derecho positivo, Bobbio la convierte en el objeto de una doble crítica. Por una parte, realiza una crítica “interna” que denuncia la presencia de ciertos vicios de construcción (y, como se verá, su inadecuación para realizar un importante objetivo que la teoría pura se había propuesto). Por otra parte, formula también una crítica externa, que subraya la incapacidad de la teoría pura, más allá de sus vicios internos, para proporcionar una imagen del derecho positivo adecuada a los tiempos (en particular, al Estado de bienestar), y, por lo tanto, denuncia su anacronismo.⁵²

⁵² Bobbio, Norberto, “Struttura e funzione nella teoria del diritto...”, *cit.*, pp. 101-103. Donde, precisamente, critica la teoría pura del derecho en tanto teoría “formal” o “estructural” del derecho positivo, por no haber, voluntariamente, como efecto de una pureza mal entendida, teorizado la dimensión funcional del derecho. Esto hace a la teoría pura incapaz de dar cuenta del fenómeno del Estado de bienestar, un Estado intervencionista en la economía, que emplea directivas con el propósito de afectar las conductas no a través de la

Por lo que respecta a la crítica interna, la única de la que me ocuparé aquí, me limitaré a dar cuenta de la crítica que puede estimarse la principal. Se trata de la crítica que Bobbio realiza respecto de la noción de norma fundamental (*Grundnorm*).⁵³ Defiende dos tesis:

1. En la teoría pura del derecho, la norma fundamental no cumple, de hecho, ninguna función teórica indispensable, solamente una función puramente estética, de elegancia jurídica (*elegantia iuris*).
2. Si, no obstante, se busca una función sustancial cualquiera, interpretada por la norma fundamental, esta función, al contrario de toda pretensión de pureza kelseniana, parece ser ideológica, porque se revela, una vez sometida a una “interpretación ideológica”, instrumental a la preferencia política y moral de Kelsen por el Estado de derecho que refleja su rechazo al realismo político, decisionismo y “gobierno de los hombres”.⁵⁴

La argumentación que Bobbio desarrolla en favor de estas dos tesis es compleja, formulada y reformulada en diferentes textos, no siempre claros, y a menudo, también, aparentemente contradictorios.⁵⁵ Con miras a presentarla bajo su mejor aspecto (espero), procederé a una reconstrucción en cinco tiempos.

sanción negativa (castigos, pérdida de bienes, etcétera), sino por medio de sanciones positivas (incentivos). De tal manera que el derecho no puede ser conocido, solamente, como un “orden normativo coercitivo”, que cumple una función de “control, protección y represión”, sino que debe ser, también, un orden que cumple una función de “dirección social”, por conducto de normas que establecen la promoción de actividades socialmente útiles, apoyadas en incentivos.

⁵³ Hay que tener en cuenta que, como Kelsen destaca en reiteradas ocasiones, la norma fundamental no pertenece al derecho positivo, y no es un elemento de los órdenes jurídicos que se pueden *describir*. Pertenecen al conocimiento del derecho: es la “condición lógico transcendental de los juicios por medio de los cuales, la ciencia del derecho describe el derecho como un orden [normativo] objetivamente válido” (Kelsen, Hans, “The Function of a Constitution”, en Twining, William y Tur, Richard (coords.), *op. cit.*, p. 166). Sin embargo, Bobbio la considera como parte de una teoría jurídica del fundamento del orden jurídico estatal. Con esta aclaración, seguiré a Bobbio en este camino.

⁵⁴ Bobbio, Norberto, “Kelsen e il problema del potere”, en Bobbio, Norberto, *Diritto e potere...*, *cit.*, pp. 138, 139 y 144-147; Bobbio, Norberto, “Kelsen e il potere giuridico”, en *ibidem*, pp. 149-169.

⁵⁵ Por una parte, Bobbio parece sostener que el modelo político y el modelo jurídico kelseniano del Estado son teóricamente equivalentes: que se diferencian solamente al colocar el acento sobre elementos diferentes, pero correlativos, de un mismo fenómeno. Por otra parte, Bobbio sostiene que en el modelo jurídico kelseniano la primacía de las normas es ilusoria, de tal suerte que los dos modelos *no* son teóricamente equivalentes: hay, visto con calma, un solo modelo teóricamente válido, es el modelo político.

El punto de partida es una tesis —que Bobbio presenta como evidente— concerniente a los elementos constitutivos de todo orden jurídico estatal. La tesis sostiene que estos elementos son de dos tipos: “normas” y “poderes”. Todo orden jurídico estatal, desde un punto de vista dinámico, es una combinación (una concatenación) de normas y poderes. Normas y poderes representan, en particular, las “dos caras de una misma moneda”.⁵⁶ De tal suerte que una tarea ineluctable a toda teoría del derecho y el Estado consiste en establecer qué elemento es “la cara” (prioridad) y cuál “la cruz” (secundario).

En el segundo tiempo, Bobbio subraya que, en relación con este problema, pueden observarse las teorías del derecho en dos grupos. Por una parte, se encuentran las teorías clásicas del derecho público. Estas teorías sostienen que la cara —es decir, el elemento prioritario— de la (metafórica) moneda jurídica son los poderes. Un orden jurídico estatal es “una cascada de poderes”, cuyo ápice es un poder supremo: la *summa potestas superiorem non recognoscens*, el poder constituyente que produce la primera Constitución histórica. Por otra parte, se halla la teoría normativista kelseniana. Ésta sostiene, por el contrario, que la cara de la moneda jurídica está constituida por las normas. Un orden jurídico estatal es una “escala de normas” que procede de normas inferiores a normas superiores y encuentra su punto más alto en la norma suprema: la norma fundamental, que representa el “fundamento” de la validez de todas las normas inferiores, a partir de las normas de la primera Constitución histórica; así como el fundamento de la legitimidad jurídica de todo poder, a partir del poder constituyente.⁵⁷

En el tercer tiempo, Bobbio sostiene que hay una “simetría exacta” entre la función del poder supremo y la función de la norma fundamental en ambos modelos. Cada elemento sirve para clausurar el sistema jurídico, actuando como vértice de la “pirámide” en la que consiste todo ordenamiento jurídico estatal:

En una teoría jurídica rigurosa como aquella de Kelsen, la norma fundamental es un concepto exactamente simétrico a aquél del poder soberano. La

⁵⁶ Bobbio, Norberto, *Kelsen e il problema...*, cit., pp. 138 y 139.

⁵⁷ *Ibidem*, pp. 150 y 151: “Entendido, sea como organización del poder, como lo hace Kelsen, sea como poder organizado, como [el derecho público] lo entendió..., el Estado es conocido... como un sistema ordenado y jerárquico... como un sistema con diferentes planos o niveles, en una relación recíproca de superior a inferior..., como los diferentes peldaños de una pirámide...; se puede afirmar que el mismo orden jerárquico, produce poderes que crean normas y normas que autorizan poderes, cambia según se le vea de abajo hacia arriba o de arriba hacia abajo: en la primera dirección, aparece como una escalera de normas; en la segunda, como una cascada de poderes”.

norma fundamental es la norma de las normas, de la misma forma en que el poder soberano es el poder de poderes. Ambos conceptos son perfectamente simétricos, porque la norma fundamental y el poder soberano tienen la misma función, la de clausurar el sistema, la primera, en una teoría jurídica, la segunda en una teoría política, del Estado.⁵⁸

En el cuarto tiempo, Bobbio destaca que al examinar más de cerca, la teoría normativista falla en su objetivo de establecer la primacía teórica del derecho sobre el poder, de las normas sobre los poderes. Ésta pretende fundar todo orden jurídico estatal sobre una norma última, la norma fundamental; pretende representar una alternativa sustancial a la teoría del poder supremo, que le sería teóricamente superior. Sin embargo, tal pretensión resulta infundada. Kelsen reconoce, de hecho, aun de manera oblicua, la primacía del poder sobre la norma. De tal manera que, paradójicamente, la norma fundamental no interpreta en la teoría kelseniana alguna función teórica indispensable; su sola función teórica efectiva tiende a ese carácter estético, de elegancia jurídica (*elegantia iuris*), que anuncié:

Como es sabido, la norma fundamental ha sido el objetivo de muchas críticas. De todas ellas, la que me parece más pertinente, es aquella que la considera *un instrumento ingenioso, pero totalmente inútil*. De hecho, no se entiende, si no es por la *estricta corrección formal*, por qué razón sea necesario cerrar el ordenamiento jurídico con una norma última, en vez de con un poder último, cuando, además, lo que permite finalmente identificar un ordenamiento como jurídico no es la validez de las normas sino su eficacia, lo cual quiere decir que *lo que cierra el sistema no es una norma sino un poder...* [Kelsen] no aduce argumento alguno en favor de la tesis de que este poder último recibe su eficacia de ser autorizado, como todos los otros poderes inferiores. Al contrario, *si su legitimidad deriva de su efectividad, el presuponer una norma que realiza la función de norma legitimante, es una operación superflua*. Puede ser considerado como una *elegantia iuris*, pero es de dudosa utilidad... la norma fundamental habría tenido su función si hubiese estado en grado de evitar el escollo de toda teoría positivista del derecho, que es la derivación del derecho respecto del hecho. Pero una teoría como la kelseniana que resuelve la validez de un ordenamiento jurídico en su efectividad, no sólo no evita este escollo, sino que se sirve de él para encontrar un sólido punto de llegada. La teoría normativa del derecho es la comprobación histórica más convincente de que, una vez descartada la solución iusnaturalista, según la cual es derecho aquello que es justo, no hay otra solución que aquella según la cual es derecho lo que de hecho es habitualmente observado (...la vieja tesis de Austin): *ex facto oritur ius*. En suma, la

⁵⁸ *Ibidem*, pp. 138 y 139.

norma fundamental tendría la función de transformar al poder en derecho. Pero, ¿existe un derecho sin poder? Y si no existe derecho sin poder, ¿la norma fundamental es la que transforma el poder en derecho, o es la efectividad del poder la que lo hace?⁵⁹

En el quinto, y último tiempo, al señalar que la norma fundamental no tendría ninguna función —y justificación— teórica válida, al señalar que se puede prescindir de ella, salvo por razones formales, de orden estético, Bobbio sostiene que, aparentemente, debe considerarse la norma fundamental interpretando una función ideológica, contra toda pretensión kelseniana de pureza. Se trataría, precisamente, de la función de presentar todo Estado como un Estado de derecho, como una entidad caracterizada por la “primacía del derecho sobre el poder”, y, en este sentido, la norma fundamental sería el homólogo positivista del antiguo principio iusnaturalista *lex facit regem*, que se opondría al principio del realismo político, del decisionismo, del gobierno de los hombres: *rex facit legem*. Por desgracia, Bobbio sugiere que, en esta función ideológica, la norma fundamental termina por ser “ideológica” en un sentido negativo de la palabra, porque favorece una representación falsa de la realidad: “Los reyes han hecho y deshecho las leyes como han querido, al menos mientras han tenido la *fuerza* para hacerlas respetar, esto es, mientras su *poder* fuera *efectivo*, aun cuando no era ni legítimo ni legal”.⁶⁰

En resumen, de acuerdo con Bobbio, Kelsen habría fundado su teoría del derecho y el Estado, desarrollada cuidadosamente durante cuarenta años, sobre un elemento, la norma fundamental, que sería, al unísono, teóricamente inútil y engañosa desde un punto de vista práctico. Es necesario preguntarse si tal conclusión es aceptable. Preguntarse si, en particular, es verdaderamente imposible sostener que la norma fundamental o, en todo caso, una *norma* última, interpretase, al observarla más de cerca, una función teórica indispensable en toda teoría normativista del Estado.

Aparentemente, pueden adelantarse algunas consideraciones, las cuales sugieren que la conclusión de Bobbio (y de otros teóricos que la comparten) es, por lo menos, dudosa. En particular, parece estar viciada por déficits de análisis que impiden una clara visión de los problemas y de las soluciones a los mismos.

Un primer déficit de análisis corresponde a los modelos alternativos de fundamento del orden jurídico estatal que estarían en juego: ¿*Cuántos modelos (¿y cuáles?) de fundamento del orden jurídico estatal?*

⁵⁹ *Ibidem*, pp. 145 y 146.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 147. Las cursivas son mías.

Bobbio, como se ha visto, sostiene que la disputa comprende dos modelos: el modelo político de la teoría clásica del derecho público y el modelo jurídico de la teoría normativista kelseniana.

Sin embargo, al detenerse, por una parte, sobre la noción de poder soberano, que Bobbio no define (salvo en los términos opacos de la tradicional noción latina: *summa potestas superiorem non recognoscens*), y, por la otra, sobre la noción de norma soberana, que Bobbio identifica exclusivamente con la norma fundamental, se puede llegar a considerar que, cuando menos *prima facie*, los modelos comprendidos no son dos sino (al menos) cuatro: dos modelos políticos y dos modelos jurídicos.

El primer modelo, que denominaré *modelo político del poder soberano como fuerza suprema*, identifica el “fundamento” (el hecho generador) de todo orden jurídico estatal con la posesión *de facto* de una fuerza suprema: con la efectiva capacidad de un cierto grupo de humanos, al interior de una sociedad política situada en un cierto territorio, de ejercer una coerción abrumadora, superior a la de cualquier otro grupo de humanos sobre el mismo territorio, con el objetivo de obtener la obediencia a las prescripciones (órdenes, mandatos, reglamentos, leyes, etcétera) dictadas por los órganos de la sociedad política, es decir, de garantizar su eficacia.

El segundo modelo, que llamaré *modelo político del poder soberano como poder normativo originario*, identifica el “fundamento” (el elemento normativo originario) de todo orden jurídico estatal con el poder normativo (autorización, competencia) que el primer constituyente (un usurpador o una asamblea formada no importa cómo) atribuye a sí mismo de (redactar y) promulgar una Constitución, y precisamente la primera Constitución histórica de un cierto orden jurídico estatal. La autoatribución de tal poder normativo presupone, o bien que el primer constituyente ya dispone de la fuerza soberana (por ejemplo, ha salido vencedor de una guerra civil o de liberación), o bien, que dispone de los medios que hacen probable que dispondrá de ella (verbi gracia, es probable que saldrá victorioso de una guerra civil o de liberación).

El tercer modelo, que designaré *modelo jurídico de la norma soberana como norma ex facto ius oritur*, identifica el “fundamento” (el elemento normativo originario) de todo orden jurídico estatal en una norma que confiere a un usurpador, o a una asamblea formada no importa cómo, el poder normativo (autorización, competencia) de actuar en tanto primer constituyente y, por lo tanto, de (redactar y) promulgar la primera Constitución histórica de un cierto Estado, puesto que el usurpador o la asamblea de hecho disponen, o bien de la fuerza soberana, o bien de los medios que harán probable que dispongan de ella. Este modelo —nótese— puede ser considerado como el

arquetipo del modelo kelseniano de la norma fundamental. De hecho, la norma fundamental de todo orden jurídico estatal, haciendo abstracción del derecho internacional, no es otra cosa que el homólogo trascendental de una norma de derecho internacional consuetudinario cuya misma existencia Kelsen reconocía, bajo la denominación de “principio de efectividad”.⁶¹ Y el principio de efectividad, a su vez, no es más que una especificación (y posible formulación) de la norma *ex facto ius oritur* en tanto norma de derecho internacional público.

El cuarto modelo, que llamaré *modelo jurídico de la norma soberana como norma ex iusto facto ius oritur*, identifica, por último, el “fundamento” (el elemento normativo originario con función de justificación moral) de todo orden jurídico estatal en una norma que confiere a un usurpador, o a una asamblea formada no importa cómo, el poder normativo (autorización, competencia) de actuar como primer constituyente y, en consecuencia, de (redactar y) promulgar la primera Constitución histórica de un cierto Estado, puesto que: a) el actuar del usurpador o de la asamblea es *moralmente justo*, y b) el usurpador o asamblea disponen de hecho, o bien de la fuerza soberana, o bien de los medios que harán probable que dispongan de ella.

Un segundo déficit de análisis concierne al problema por el cual los modelos alternativos de fundamentación del orden jurídico estatal ofrecen una solución: ¿se trata de *un solo problema*, o bien de *varios problemas diferentes*?

Bobbio, como se ha visto, sugiere que el modelo político de la teoría clásica del derecho público y el modelo jurídico de la teoría normativista kelseniana tienden a ofrecer una solución para *un mismo problema*: esto es, para “el” problema “del fundamento” de todo orden jurídico estatal.

Desgraciadamente, la palabra “fundamento”, cuando es utilizada en la locución “fundamento de todo orden jurídico estatal”, no siempre se refiere a la misma cosa (como he intentado sugerir antes). Por el contrario, es necesario destacar que, en la teoría jurídica y política, “fundamento” puede referirse a un “fundamento” axiológico, o bien a un “fundamento” deontológico, o bien, por último, a un fundamento fáctico de un orden jurídico estatal, de tal manera que debe distinguirse entre problemas diferentes.

Aquellos que se interrogan sobre el problema del *fundamento axiológico* de todo orden jurídico estatal, se interrogan sobre la norma, o sobre el conjunto de normas, en virtud de las cuales un orden estatal es *moralmente* válido, justo, legítimo, obligatorio.

Aquellos que se preguntan sobre el problema del *fundamento deontológico* de todo orden jurídico estatal, por el contrario, se interrogan sobre la nor-

⁶¹ Kelsen, Hans, *La dottrina pura...*, cit., pp. 235-238, 244-247, 308 y 368-377.

ma, o sobre el conjunto de normas, en virtud de las cuales un orden estatal es *jurídicamente* válido, legítimo, obligatorio.

Quienes se preguntan sobre el problema del *fundamento fáctico* de todo orden jurídico estatal, por último, se interrogan sobre los factores sociales de los que dependen el origen y conservación de un Estado; factores que identificarán, típicamente, en los fenómenos como la detención de una capacidad efectiva (superior) de coerción, la disposición o hábito de obediencia por parte de (la mayoría) un pueblo, etcétera.

Una vez que se ha distinguido entre los tres problemas de “fundamento” que he considerado, parece claro que los modelos políticos y los modelos jurídicos no siempre conciernen al mismo problema.

Los modelos políticos de la fuerza suprema y del poder normativo originario y autoatribuido proporcionan una respuesta al problema del fundamento fáctico de todo orden jurídico estatal: el origen y conservación de todo Estado depende de ciertos hechos sobre los que, por otra parte, las teorías y los modelos jurídicos se encuentran bastante conscientes.

El modelo jurídico de la norma *ex iusto facto ius oritur*, por el contrario, proporciona una solución al problema del fundamento axiológico de todo orden jurídico estatal: establece la condición bajo la cual un derecho estatal es moralmente válido, justificado, obligatorio. La fuerza suprema (justa) hace al derecho; aquel que detenta la fuerza suprema (justa) tiene el derecho moral de dictar (lo que debe ser según) el derecho positivo.⁶²

El modelo jurídico de la norma *ex facto ius oritur* (del principio de efectividad, de la norma fundamental) proporciona, por último, una solución al problema del fundamento deontológico de todo orden jurídico estatal: establece la condición bajo la cual un derecho estatal es jurídicamente obligatorio. La fuerza suprema hace el derecho: quien detenta la fuerza suprema tiene el derecho jurídico (el poder jurídico soberano) de dictar (aquello que debe ser según) el derecho positivo.

En conclusión, la crítica que Bobbio realiza de la norma fundamental, parece ser el resultado de un error de sincretismo metodológico. Al no distinguir entre los diferentes problemas alrededor “del fundamento del derecho estatal”, Bobbio no se da cuenta de la heterogeneidad problemática y funcional de (aquello que llama) “la teoría política” y “la teoría jurídica” del Estado. Este error lo conduciría a la conclusión, a su vez equivocada, de

⁶² Para lo que Capograssi llamó el “iusnaturalismo formal” (*supra*, II), toda fuerza soberana es, por definición, justa. Sin embargo, existen iusnaturalismos sustanciales, de acuerdo con los cuales la fuerza soberana confiere el título para gobernar un Estado si, y sólo si, es moralmente justa desde el punto de vista de su origen o fines que persigue.

que la norma fundamental, en tanto norma soberana, no tendría ninguna función válida en la teoría jurídica y política del Estado. Ciertamente, no puede proporcionar alguna solución, ni al problema del fundamento fáctico del Estado, ni al problema del fundamento axiológico o moral. Sin embargo, se revela útil cuando el problema es, sobre todo, aquel del fundamento deontológico. En consecuencia, una crítica útil del pensamiento kelseniano no debería negar toda función teórica válida a la idea de una norma soberana frente a la idea de un poder soberano. Esta deberá investigar, por el contrario, si la concepción kelseniana de la norma soberana (la norma fundamental, en tanto presupuesta por la ciencia jurídica) es teóricamente aceptable desde el punto de vista del problema del fundamento deontológico de los órdenes jurídicos positivos y, además, si es teóricamente preferible frente a concepciones diferentes de la norma soberana; por ejemplo, a una concepción que la considera como una norma de derecho positivo consuetudinario: la norma *ex facto ius oritur*.

C. Crítica de la teoría kelseniana de la ciencia jurídica (“dogmática”)

Por cuanto hace, en fin, a la teoría kelseniana de la ciencia jurídica (dogmática jurídica, estudio doctrinal del derecho), Bobbio adopta una postura crítica desde sus primeros escritos, como lo he mencionado. No se trata, cabe precisar, exactamente de la misma postura crítica, sino que, bien visto, se trata de tres posturas críticas diferentes, sobre todo en lo que concierne a sus *pars construens* que, sin embargo, comparten un mismo punto de partida.

El punto de partida de la crítica de Bobbio, en sus diferentes periodos, es la idea de acuerdo con la cual la teoría kelseniana de la ciencia jurídica sería un ejemplo paradigmático de teoría “positivista”. Entendiendo por este término —cabe resaltar— una teoría que i) se adhiere a la postura epistemológica del positivismo “metodológico” o “científico”, inspirado por la “ética de la *Wertfreiheit*”,⁶³ ii) la cual está, a su vez, histórica y culturalmente condicionada (y legitimada) por el positivismo legalista (*Gesetzespositivismus*), esto es, por la ideología dominante en la cultura jurídica europea de la segunda mitad del siglo XIX y primeras décadas del XX, que ve en la ley la fuente principal, si no exclusiva, del derecho, que niega a la ciencia jurídica toda función de fuente del derecho y, en consecuencia, que sostiene que el papel de los juristas debe limitarse a la exposición ideológica y axiológica-

⁶³ Bobbio, Norberto, “Essere e dover essere nella scienza giuridica”, en Bobbio, Norberto, *Diritto e potere...*, cit., p. 54.

mente neutra (*Wertfrei*) del contenido de las normas jurídicas en vigor promulgadas por las autoridades constituidas.⁶⁴

A partir de ahí, Bobbio elabora una crítica de la teoría kelseniana, que es, primero, antipositivista;⁶⁵ después, se transforma en crítica positivista;⁶⁶ hasta devenir, por último, postpositivista.⁶⁷

En este último periodo crítico, el único que consideraré aquí, Bobbio, siempre adoptando una postura que es “postpositivista” porque demanda el desplazamiento del “positivismo” tal como ha sido caracterizado anteriormente, rechaza el modelo kelseniano de ciencia jurídica, por dos razones.

La primera razón es, considerado todo, de escasa importancia. El modelo positivista kelseniano —de acuerdo con Bobbio— está mal formulado. Kelsen dibuja la distinción entre ciencia jurídica normativa, ciencia jurídica causal-explicativa y la producción de normas jurídicas, al distinguir entre *Sein-Sätze*, *Soll-Sätze* (*Rechtssätze*) y *Soll-Normen* (*Rechtsnormen*), que serían sus productos respectivos. Las *Sein-Sätze* son proposiciones que conciernen, por ejemplo, a la eficacia de una norma o a los factores ideológicos (la filosofía de la justicia), de los cuales su contenido ideológico es extraído: estas son proposiciones típicamente formuladas por los sociólogos del derecho. Las *Soll-Normen* (*Rechtsnormen*) son enunciados que contienen un (una forma del verbo) *Sollen* “en sentido prescriptivo”: prescriben aquello que debe ser o debe pasar; son normas formuladas por autoridades jurídicas. Las *Soll-Sätze* (*Rechtssätze*)

⁶⁴ *Ibidem*, pp. 50-56, 61-66 y 69.

⁶⁵ Bobbio, Norberto, *Scienze e tecnica del diritto...*, cit. La crítica es “antipositivista” porque, después de haber subrayado el carácter inacabado del modelo “positivista” kelseniano (Kelsen nos dice que la ciencia jurídica no es una ciencia causal-explicativa sino que, al afirmar que tiene un carácter “normativo”, no nos dice en qué consiste), Bobbio adopta una perspectiva extraída de la fenomenología de Husserl y sostiene que la cientificidad de la ciencia jurídica consiste en identificar, a través de intuiciones eidéticas, la esencia de los conceptos jurídicos que forman la base sólida sobre la cual todas las leyes —y las normas jurídicas en general— reposan.

⁶⁶ Bobbio, Norberto, “Scienza del diritto e analisi del linguaggio”, en Bobbio, Norberto, *Contributi ad un dizionario giuridico*, Italia, Giappichelli, 1994, pp. 335-365. La *pars destruens* de la crítica de Bobbio es la misma que durante el periodo fenomenológico (el carácter inacabado de la teoría kelseniana), pero Bobbio opone, aquí, al modelo positivista kelseniano un modelo positivista diferente que considera satisfactorio, elaborado sobre la base de la concepción neopositivista de la cientificidad como “rigor”. La ciencia jurídica normativa —sostiene Bobbio— es una verdadera ciencia, de acuerdo con los cánones del positivismo lógico, porque transforma el lenguaje del derecho, es decir, el discurso del legislador, en un discurso riguroso, en el cual todos los términos categóricos contenidos en las leyes son definidos de una manera precisa, y en el cual las lagunas y las antinomias (*prima facie*) son resueltas sobre la base de reglas de transformación extraídas del propio lenguaje legislativo.

⁶⁷ Bobbio, Norberto, “Essere e dover essere...”, cit., pp. 50-74.

son, en fin, “proposiciones” que contienen un (una forma del verbo) *Sollen* en “sentido descriptivo”: describen aquello que debe ser o debe pasar;⁶⁸ son las proposiciones jurídicas típicamente formuladas por los juristas. Ahora bien, Bobbio sostiene que la distinción entre *Sollen* en “sentido descriptivo” y *Sollen* en “sentido prescriptivo”, es el fruto de un error capital. El verbo *Sollen*, considerado en sí mismo, *siempre* tiene el mismo sentido, que es prescriptivo: sea en las normas, sea en las proposiciones jurídicas. Lo que cambia, cuando se cambia el contexto de formulación, es el sentido global de los enunciados que contienen las formas de tal verbo, que a veces es un sentido prescriptivo, a veces un sentido asertivo.⁶⁹

La segunda razón es mucho más aguda. La teoría kelseniana de la ciencia jurídica, en tanto “metajurisprudencia prescriptiva” que constriñe a los juristas a limitarse a describir las normas jurídicas en vigor por medio de proposiciones jurídicas,⁷⁰ propone —de acuerdo con Bobbio— un modelo anacrónico, influenciado en última instancia, como se ha visto, por el positivismo legalista del siglo XX. Impone, pues, a los juristas, una tarea de simple descripción, que es muy diferente de aquella que ellos ejercen habitualmente,⁷¹ y que —como lo sugiere Bobbio— condena la doctrina jurídica al ostracismo y marginalización intelectual, borrando su función prescriptiva y política fundamental.⁷²

La crítica de Bobbio a la teoría de la ciencia jurídica de Kelsen se puede aceptar sólo en parte. Se puede estar de acuerdo, por supuesto, sobre la exactitud de la crítica a la tesis kelseniana del “doble significado de *Sollen*”. La segunda crítica presenta, también, aspectos fundados. En particular, cuando sostiene que una ciencia jurídica (doctrina jurídica) de carácter *normativo* —que formula consejos de *iure condito* (*de lege lata*) o de *iure condendo* (*de lege ferenda*) destinados a los jueces y legisladores— no corresponde sola-

⁶⁸ Apparently, Kelsen has taken the thesis of the “double meaning of the word *Sollen*” (“Doppeldeutigkeit des Wortes Sollen”) of the German logician Christoph Sigwart (Kelsen, Hans, *La dottrina pura...*, cit., p. 92, text and note 1).

⁶⁹ Bobbio, Norberto, “Essere e dover essere...”, cit., pp. 63-66.

⁷⁰ *Ibidem*, pp. 53-66.

⁷¹ Es decir: la “creación” de normas jurídicas, sea a través de una actividad de “detección”, que incluye a su vez la “constatación” de normas válidas, su “comprensión” (interpretación) y, si es necesario, su “seguimiento” (integración), sea a través de una actividad de “revisión”, y, una vez creadas, su “utilización”, sea para resolver problemas de derecho (utilización directa o aplicativa), sea para elaborar un sistema conceptual con miras a la resolución de problemas de derecho (utilización indirecta o dogmática). Todas estas actividades no son “descriptivas”; ellas entrañan necesariamente “juicios de valor” prácticos; ellas tienen una función “prescriptiva”, aunque no “imperativa”. *Ibidem*, pp. 56-60 y 67-69.

⁷² *Ibidem*, pp. 66-74.

mente a aquello que pasa en la realidad, tal como es descrita por la meta-jurisprudencia analítica, sino que corresponde, también, a lo que *está bien que pase*, de acuerdo con las recomendaciones de una metajurisprudencia prescriptiva adecuada al tiempo presente.⁷³

Sin embargo, existen dos puntos que no son convincentes.

La primera duda corresponde a la imagen que Bobbio ofrece de la concepción kelseniana de ciencia jurídica. Se trata, hay que decirlo, de una imagen muy empobrecida, que no tiene en cuenta sus dos tareas: la tarea de “descripción estática”, que consiste en elaborar una descripción sistemática de las normas generales e individuales válidas de un orden jurídico, en un cierto tiempo, y la tarea de “descripción dinámica”, que consiste en identificar, a través de la interpretación científica, el cuadro de todos los significados metodológicamente posibles de “normas” generales válidas.⁷⁴ Por supuesto, se puede sostener que la concepción kelseniana de la ciencia jurídica, aun bajo la luz de esta presentación más articulada, continúa siendo defectuosa. Pero, al menos en este último caso, el juicio negativo sería el resultado de un esfuerzo de comprensión que hace justicia a la complejidad de su objeto.

La segunda duda corresponde al vínculo que Bobbio vislumbra, en la obra de Kelsen, entre positivismo (metodológico o) científico, que es una postura relativa al conocimiento científico del derecho positivo, y el positivismo legalista, que es, por el contrario, una ideología de las fuentes del derecho y del papel (justo) de la jurisdicción y de la ciencia jurídica en la producción normativa. Mis reservas, al respecto, nacen de tres consideraciones.

1. La teoría kelseniana del derecho positivo, en su conjunto y, en particular, en su ingrediente nomodinámico, atestigua el rechazo total a la ideología del positivismo legalista. Frente a la falsa representación de la estructura de los órdenes jurídicos que puede extraerse de ésta, Kelsen opone una representación —la *Stufenbau*— en la cual, como

⁷³ *Ibidem*, pp. 73 y 74. Bobbio, cabe precisar, no toma partido en favor de una metajurisprudencia prescriptiva *determinada*. Toma partido, sobre todo, en favor de toda metajurisprudencia que *prescribe* a los juristas (también) *prescribir* (“sugerir reglas”), y que les prohíbe limitarse a la simple descripción del derecho en vigor. Si se observan tales metajurisprudencias, la elección se presenta entre tradición o innovación, por lo que respecta a los valores éticos (“principios”) empleados, y entre conservación o progreso, por cuanto hace a la adaptación o no adaptación del sistema jurídico a la realidad social.

⁷⁴ En realidad, Bobbio hace una referencia, rápida y crítica, a la tarea de interpretación científica, en Bobbio, Norberto, “Struttura e funzione...”, *cit.*, p. 85. Propongo tal reconstrucción de la concepción kelseniana de la ciencia jurídica en Chiassoni, Pierluigi, *Da Bentham a Kelsen...*, *cit.*, pp. 398-408.

bien se sabe, la producción de las normas jurídicas no coincide con la producción de las (normas generales expresadas por las) leyes, sino que comprende normas de diferentes niveles, por encima y por debajo de las leyes, generales e individuales, normas que, una vez que han sido creadas por órganos autorizados (siempre que regulen conductas comprensibles y posibles), son válidas, al menos en función de la cláusula alternativa tácita.⁷⁵

2. Kelsen estuvo del todo consciente del carácter político de la doctrina jurídica, así como de la utilidad social de la política jurídica de *lege lata* y de *lege ferenda*, tradicionalmente conducidas por los juristas.⁷⁶ Su intento —bien conocido por Bobbio—⁷⁷ había sido, en efecto, no ya aquello de eliminar todo elemento evaluativo y político de la obra de los juristas, sino el de buscar evitar, por una parte, que los juristas presenten tramposamente como científicas, tesis que son, por el contrario, de política,⁷⁸ y por otra parte, toda confusión entre las proposiciones de política jurídica de los juristas y las normas jurídicas producidas por órganos autorizados.⁷⁹
3. Aun bajo la luz de su biografía intelectual,⁸⁰ Kelsen parece haber adoptado el positivismo científico y, en particular, el ideal de una doctrina jurídica genuinamente científica, no ya por su “funcionalidad” en relación con los objetivos ideológicos del positivismo legalista, o bajo su influencia, sino como consecuencia de una adhesión sincera y profunda al valor del conocimiento científico considerado en sí mismo. Frente al carácter político (disfrazado de científico) de

⁷⁵ Kelsen, Hans, *Lineamenti di dottrina...*, cit., capítulo V; Kelsen, Hans, *Teoria generale del diritto...*, cit., pp. 111-165; Kelsen, Hans, *La dottrina pura...*, cit., pp. 217-310.

⁷⁶ Véase, por ejemplo, Kelsen, Hans, *Lineamenti di dottrina...*, cit., pp. 42-45; Kelsen, Hans, *Teoria generale del diritto...*, cit., pp. xxiii-xxv; Kelsen, Hans, *La dottrina pura...*, cit., pp. 7 y 8.

⁷⁷ Bobbio, Norberto, “La teoría pura del diritto e i suoi critici...”, cit., p. 22: “[La Teoría Pura] es, frente a otras teorías de la justicia..., indiferente; y es, precisamente, esta indiferencia, en que consiste el deber del jurista, en tanto hombre de ciencia” (las itálicas son mías); Bobbio, Norberto, “Struttura e funzione...”, cit., pp. 78 y 82-89.

⁷⁸ Kelsen, Hans, *Lineamenti di dottrina pura...*, cit., pp. 42, 43-45; Kelsen, Hans, “Science and Politics”, en Kelsen, Hans, *What is Justice? Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science*, Estados Unidos de América, University of California Press, 1957, pp. 367 y 368; Kelsen, Hans, *La dottrina pura...*, cit., pp. 7 y 8, donde se lee que “porque, sin embargo, este problema [el problema de la justicia] tiene una importancia capital para la política del derecho, trato en el apéndice de anunciar aquello que se debe decir al respecto, desde un punto de vista científico y, en particular, sobre una doctrina iusnaturalista” (las cursivas son mías), p. 389.

⁷⁹ Kelsen, Hans, *La dottrina pura...*, cit., pp. 386-390; Kelsen, Hans, *Teoria generale delle...*, cit., p. 186.

⁸⁰ Kelsen, Hans, *Scritti...*, cit., pp. 59-63, 73 y 74.

la ciencia jurídica de su tiempo, Kelsen trató de elaborar un modelo en concordancia con el postulado de neutralidad evaluativa del positivismo científico, en el marco de un conjunto de disciplinas relativas al derecho, que incluía la sociología jurídica y la filosofía analítica de la justicia.⁸¹ La cuestión de si este modelo se encuentra mal construido, o si no obstante puede enviar mensajes que pueden considerarse como inoportunos o nocivos, es un tema que no abordaré aquí.

IV. LAS QUEJAS DE RICCARDO GUASTINI

La obra de Guastini es un ejemplo muy representativo de esta enfermedad del alma, el “kelsenitismo”, cuya propagación Bobbio habría propiciado en Italia (*supra*, III). La teoría pura del derecho figura, en ella, como un objeto constante de confrontación, de reflexión y de crítica.⁸² La crítica consiste, en particular, en la elaboración de una carta de reclamos articulada, que cuestiona todas las nociones capitales de la teoría kelseniana (norma jurídica, validez, orden jurídico, norma fundamental, proposición jurídica, ciencia jurídica, interpretación), así como el éxito en la realización de los objetivos teóricos que Kelsen se habría, aparentemente, propuesto.

Al respecto, un vistazo revelador de la crítica guastiniana puede extraerse del ensayo más reciente que ha consagrado a la obra de Kelsen: “Una senda que se bifurca. La ciencia jurídica entre el ser y el deber” (“A Path that Forks. Legal Science between Is and Ought”).⁸³ Es, entonces, a este ensayo al que voy a dedicar la última parte de este escrito. Sus tesis esenciales se resumen en cuatro puntos:

1. La teoría pura se caracteriza por ser un esfuerzo continuo, por parte de Kelsen, cuyo objetivo es establecer una distinción nítida entre el derecho y la ciencia del derecho.⁸⁴
2. El éxito de este esfuerzo depende de la elaboración de nociones adecuadas (bien construidas, claras y distintas) de norma jurídica y de proposición jurídica.

⁸¹ Kelsen, Hans, *La dottrina pura del diritto e la giurisprudenza...*, cit., pp. 173-185; Kelsen, Hans, *Teoria generale del diritto...*, cit., pp. 165-182.

⁸² Véase, por ejemplo, Guastini, Riccardo, “Introduzione”, en Kelsen, Hans, *La teoria politica del...*, cit., pp. 16-29; Guastini, Riccardo, *Distinguendo...*, cit., pp. 101-113 y 211-216; Guastini, Riccardo, *Distinguendo ancora...*, cit., pp. 69-76, 77-90 y 91-103; Guastini, Riccardo, *Discutendo...*, cit., pp. 81-90; Guastini, Riccardo, *A Path that Forks...*, cit.

⁸³ *Ibidem*, § 1.

⁸⁴ *Idem*.

3. Lamentablemente, Kelsen no tuvo éxito en elaborar nociones de norma jurídica y de proposición jurídica adecuadas al objetivo que se propuso.⁸⁵ Por una parte, elaboró una noción de norma jurídica (que Guastini identifica con la noción que, como veremos a continuación, llamaré “fuerte”), que se encuentra contaminada por una noción de validez incierta y discutible, oscilante entre lo fáctico y lo normativo.⁸⁶ Por otra parte, a partir de una aparente indecisión entre una concepción de la proposición jurídica como “proposición empírica” y una concepción de la proposición jurídica como “proposición normativa”, opta por la segunda, y concibe la proposición jurídica como una proposición normativa isomorfa a la norma que ella se propone describir.⁸⁷
4. De tal manera que, en conclusión, debido a los defectos de las nociones de norma y proposición jurídica, Kelsen falló en su objetivo de establecer sobre bases teóricas sólidas la distinción entre el derecho y la ciencia jurídica.⁸⁸

La crítica guastiniana —aunque aparentemente convincente— presenta dos aspectos que no la hacen del todo aceptable.

En primer lugar, no puede aceptarse sin reservas la crítica que Guastini dirige a la noción kelseniana de norma jurídica. Ésta se funda, se puede sostener, sobre una reconstrucción parcial y discutible del pensamiento de Kelsen. En particular, no da cuenta del hecho de que, en la teoría pura, Kelsen utiliza aparentemente dos nociones de “norma jurídica”: una noción (que llamaré) *débil* y una noción (que llamaré) *fuerte*.

En la noción fuerte, que es la única que Guastini considera, la validez —en tanto “existencia específica”, “fuerza obligatoria”, “vigor”— interpreta el papel de una *propiedad definitoria* del concepto de norma jurídica. De acuerdo con esta noción, en particular, una “norma jurídica” es precisa-

⁸⁵ *Ibidem*, §§ 1 y 3.

⁸⁶ *Ibidem*, § 4. “Kelsen sostiene que la validez equivale, al mismo tiempo, a la existencia (aparentemente, una cuestión de hecho), y a la fuerza vinculante (que ciertamente *no* es una cuestión de hecho)”.

⁸⁷ *Ibidem*, § 1. (“Kelsen parece incapaz de dar una explicación coherente y satisfactoria, tanto de la redacción como de la forma lógica de los enunciados jurídicos [o proposiciones de derecho] ...no puede decidir si los enunciados jurídicos son oraciones empíricas [ser] o normativas [deber]. Esto es especialmente claro en su póstuma *Teoría general de las normas*”), § 3 (“Definitivamente, de acuerdo con Kelsen, las proposiciones jurídicas son enunciados de deber, justo como las normas que afirma describir. En ese sentido, sin embargo, la distinción entre derecho y ciencia jurídica queda completamente desdibujada”).

⁸⁸ *Ibidem*, § 3.

mente: i) una *prescripción* (o autorización, permiso, derogación), ii) que es el *significado de un acto de voluntad de un sujeto autorizado a producirla por una norma superior válida*, de un cierto orden jurídico,⁸⁹ y iii) que es, *a su vez válida* (existente, obligatoria, en vigor) debido a la mencionada norma de autorización. De tal manera que, en palabras de Kelsen, citadas por Guastini: “una norma válida es una expresión pleonástica”, así como “una norma inválida es una contradicción en los términos”.⁹⁰

Por el contrario, en la noción *débil*, que Guastini aparentemente no considera, la validez no interpreta más, con relación al concepto de “norma jurídica”, el papel de una propiedad definitoria, sino más bien el papel de una *propiedad concomitante y contingente*. Es decir, indica una propiedad cuya función *no es la de contribuir a la definición* del concepto de “norma jurídica”, y que *puede estar* presente, como puede no estarlo, en los objetos que se denominan “normas jurídicas”. De acuerdo con esta noción, una “norma jurídica” es precisamente: i) una *prescripción* (o autorización, permiso, derogación), ii) que es el *significado de un acto de voluntad de un sujeto autorizado a producirla por una norma superior válida* de un cierto orden jurídico.⁹¹ Una norma así entendida *puede ser* (y es en el mayor de los casos) válida, como *puede no serlo*. Por una parte, como Kelsen toma cuidado en precisar, una norma no es válida (obligatoria para sus destinatarios), y no puede ser considerada válida *ab origine* si, en tanto prescripción, prescribe conductas que son necesarias, imposibles, o bien totalmente incomprensibles. Por otra parte, una norma no es (no más) válida, no puede (no más) ser considerada válida (obligatoria para sus destinatarios), si la conducta que regula ha devenido imposible, o, más aún, si ha sido abrogada o anulada por otra norma, o si ha perdido su validez por desuetudo (en los órdenes jurídicos que admiten esta forma de abrogación) o, en fin, si el orden jurídico al que pertenece no es, más, eficaz en términos generales.⁹²

La noción débil de “norma jurídica” merece ser reconocida como valiosa desde un punto de vista metateórico, y precisamente en la reconstrucción del pensamiento de Kelsen, por dos razones. En primer lugar, corresponde de manera más exacta a la teoría kelseniana sobre la validez, que considera

⁸⁹ O bien, el sentido de una costumbre autorizada por una superior válida (véase, por ejemplo, Kelsen, Hans, *Allgemeine Theorie...*, cit., capítulo 34, § III.

⁹⁰ Guastini, Riccardo, *A Path...*, cit., § 4, que toma las citas textuales de la traducción al inglés de la *Allgemeine Theorie der Normen*: Kelsen, Hans, *General Theory of Norms*, Estados Unidos de América, Clarendon Press, 1991, p. 171.

⁹¹ O bien, el sentido de una costumbre autorizada por una norma superior válida.

⁹² Véase, por ejemplo, Kelsen, Hans, *La dottrina pura...*, cit., pp. 217 y ss; Kelsen, Hans, *Teoria generale delle...*, cit., capítulos 27, 34, § II y III.

al acto voluntario de emanación (*Setzungsakt*) como una condición *necesaria* —salvo por las costumbres, por supuesto— pero *insuficiente* de la validez de las *normas*.⁹³ Además, esta es la noción que, de hecho, parece la más utilizada por el propio Kelsen en sus obras. Por ejemplo, en los innumerables pasajes donde caracteriza la tarea de la ciencia jurídica, o cuando considera la distinción entre normas y proposiciones jurídicas, él se expresa de la manera siguiente:

La doctrina jurídica solo puede enunciar que una determinada *norma jurídica* está en vigor..., pero no puede *poner en vigor normas* ni tampoco *privarlas de vigor*.

...cuando... en un manual que describe un orden jurídico positivo se encuentra la oración “Si un hombre roba debe ser condenado a la pena de prisión” lo que... se quiere decir es... Está en *vigor la norma Si un hombre roba debe ser condenado a la pena de prisión*

El enunciado de que una *norma* fue *establecida* y es *eficaz*, y el enunciado de que una *norma* es *válida* son dos enunciados diferentes. Pero la segunda oración solo es verdadera si la primera es verdadera.⁹⁴

Ahora bien, si Kelsen en sus escritos hubiera adoptado *solamente* la noción fuerte de norma jurídica, como sugiere Guastini, y no ya también, y a menudo, la noción débil, como yo lo sugiero, todos los pasajes que he citado expresarían afirmaciones pleonásticas y engañosas.

Un punto merece ser subrayado antes de continuar. Mi crítica de la crítica guastiniana de la noción kelseniana de norma jurídica no equivale a una “absolución plena” de la teoría pura (como diría Bobbio). Por el contrario, sugiere una conclusión que posee la amargura de la paradoja. El teórico del derecho más importante del siglo XX no tuvo éxito, aun en su última obra consagrada a la *Teoría general de las normas*, en establecer una noción de norma bien construida, manteniéndose más bien en un estado de oscilación entre una noción débil y una noción fuerte.

⁹³ Guastini sostiene que Kelsen considera el acto de promulgar como condición *necesaria* y *suficiente* de la validez de la norma que es el significado: “de acuerdo con Kelsen, una norma es válida *si y solo si* ha sido efectivamente promulgada (por una autoridad competente)” (Guastini, Riccardo, *A Path...*, cit., § 2). Sin embargo, haciendo abstracción de las costumbres, Kelsen parece considerar que el acto de promulgar es una condición necesaria, pero insuficiente, de la validez de una norma. Véase, por ejemplo, citando de nuevo la edición inglesa empleada por Guastini, Kelsen, Hans, *General Theory of Norms*, p. 18: “la norma «debes prepararte para la guerra» es válida *solo si* es el significado de un acto de voluntad, esto es, de un acto normativo”, y p. 233: “la proposición acerca de la validez de una norma es verdadera *solo si* la proposición sobre la celebración del acto de voluntad del que es el significado, es cierto” (en ambas citas, las cursivas son mías).

⁹⁴ Kelsen, Hans, *General Theory of Norms...*, cit., pp. 118, 155 y 181 (las cursivas son mías).

Si se pasa, ahora, a la crítica guastiniana de la noción kelseniana de proposición jurídica, ella tampoco puede ser aceptada por completo. Guastini, como se ha visto, sostiene que Kelsen, no sin una cierta indecisión, habría adoptado una concepción sobre las proposiciones jurídicas como “ought-sentences” indiferenciables de las normas jurídicas:

Kelsen parece incapaz de elaborar una concepción coherente y satisfactoria, sea de la formulación, sea de la forma lógica, de las proposiciones jurídicas (*legal statements*)... no es capaz de decidir si las proposiciones jurídicas son enunciados empíricos (*is*) o normativos (*ought*). Esto es particularmente claro en su póstuma *Teoría General de las Normas*.⁹⁵

Kelsen se queja de la confusión entre normas y proposiciones sobre las normas y, en consecuencia, entre derecho y ciencia jurídica (*General Theory of Norms*, 155). Sin embargo, es él mismo quien atiza tal confusión.⁹⁶

En conclusión, de acuerdo con Kelsen, las proposiciones jurídicas son enunciados deónticos (*ought-sentences*), justo como las normas que pretenden describir. De esta manera, sin embargo, la distinción entre derecho y ciencia jurídica resulta completamente desdibujada.⁹⁷

Uno se encuentra, como antes, frente a una reconstrucción que se puede considerar parcial del pensamiento kelseniano y que, además, es empleada para adelantar una conclusión que no parece sostener, como se verá enseguida.

La reconstrucción de Guastini es parcial, porque el último Kelsen, el Kelsen de la *Teoría general de las normas* (*Allgemeine Theorie der Normen*), introduce modificaciones sustanciales en su concepción de las proposiciones jurídicas, con el objetivo de mejorarla, lo que Guastini, aparentemente, no considera.

En primer lugar, hay una *modificación terminológica*. Aquello que el Kelsen de la segunda edición de la *Teoría pura del derecho* (*Reine Rechtslehre*) denomina

⁹⁵ Guastini, Riccardo, *A Path...*, cit., § 1: “Kelsen parece incapaz de dar una explicación coherente y satisfactoria, tanto de la redacción como de la forma lógica de los enunciados jurídicos (o proposiciones de derecho) ...no puede decidir si los enunciados jurídicos son oraciones empíricas (ser) o normativas (deber). Esto es especialmente claro en su póstuma *Teoría General de las Normas*”.

⁹⁶ *Ibidem*, § 3: “Kelsen se queja de la confusión entre normas y proposiciones sobre las normas y, consecuentemente, entre derecho y ciencia jurídica (GTN, 155). Sin embargo, él mismo promueve tal confusión”.

⁹⁷ *Idem*. “Definitivamente, de acuerdo con Kelsen, las proposiciones jurídicas son enunciados de deber, justo como las normas que afirma describir. En ese sentido, sin embargo, la distinción entre derecho y ciencia jurídica queda completamente desdibujada”.

proposición jurídica (*Rechtssatz*) (y *rule-of-law* en un *sentido descriptivo* en la *Teoría general del derecho y del Estado* [*General Theory of Law and State*])⁹⁸ es ahora, denominado, en varios pasajes, utilizando una nueva locución: “*proposición sobre (la existencia o la validez de) una norma*” (*Aussage über eine Norm, Aussage über der Vorhandensein oder die Geltung einer Norm*). De suerte que, en diferentes pasajes, la oposición no se encuentra más, como antes, entre norma y proposición jurídica (*Rechtssatz*), sino entre norma y proposición sobre una norma (*Aussage über eine Norm*).⁹⁹

En segundo lugar, la modificación terminológica se encuentra acompañada de un aparato terminológico y conceptual más articulado que antes. Este aparato es construido sobre una distinción marcada entre los enunciados, en tanto expresiones lingüísticas, y los significados de los enunciados, en tanto entidades semánticas y pragmáticas. Por una parte, Kelsen subraya que una norma (imperativa) puede ser formulada de tres maneras diferentes: a través de un *enunciado imperativo* (“Se impondrá a los ladrones una pena de prisión de un año”), por medio de un *enunciado deóntico* (*Soll-Satz*) (“Los ladrones deben ser castigados con una pena de prisión de un año”) o, finalmente, a través de un *enunciado* (que llamaré) *óntico* (*Seins-Satz*) (“Los ladrones son castigados con una pena de prisión de un año”).¹⁰⁰ Por otra parte, Kelsen subraya también que una proposición jurídica, o bien una proposición sobre (la validez o existencia específica de) una norma, puede ser formulada de dos maneras diferentes: a través de un enunciado óntico (“La norma *los ladrones deben ser castigados con una pena de prisión de un año* es válida [en el derecho penal de***]”), o bien a través de un enunciado deóntico (“De acuerdo con el derecho penal de***, si alguien es un ladrón, debe ser castigado con una pena de prisión de un año”).¹⁰¹

⁹⁸ Kelsen, Hans, *Reine...*, cit., pp. 141-148; 152-162, 168-175 y 368-373; Kelsen, Hans, *General Theory of Law...*, cit., pp. 45-47; Kelsen, Hans, *Allgemeine Theorie...*, cit., pp. 18, 237, nota 25, 104, 124, 150, 315, 138, 331 y 156.

⁹⁹ Kelsen, Hans, *Allgemeine Theorie...*, cit., capítulos 38, 41, 43, 44, 45, 46, 48 y 49.

¹⁰⁰ *Ibidem*, capítulo 38, § I.

¹⁰¹ *Ibidem*, capítulo 38, §§ I y V, y 41. Véase, también, los capítulos 43, 44, 45, 46, 48 y 49. El capítulo 38, § I, contiene, aparentemente, una afirmación contradictoria con aquello que sostiene Kelsen en los capítulos 38 (§ V) y 41: las proposiciones jurídicas, las afirmaciones sobre las normas, “deben necesariamente (*muß*) ser formuladas a través de enunciados deónticos y no por medio de enunciados ónticos”. De hecho, en los capítulos 38 (§ V) y 41, Kelsen clarifica el sentido de su afirmación precedente: una afirmación jurídica no puede ser formulada a través de un enunciado que describe la existencia de un hecho real (por ejemplo, “Los ladrones son castigados”), sino solamente por medio de un enunciado que describe el ser de un deber, un “ser ideal” (“ein ideelles... Sein”), sea óntico (La norma “Los ladrones son castigados con una pena de prisión de un año es válida”), o bien deóntica (“De

En tercer lugar, y por último, al tratar del significado de los enunciados deónticos (*Sollen-Sätze*, *Sollen-sentences*), Kelsen subraya que sólo (un factor que se dirá pragmático como) el contexto de formulación y, en particular, la intención —y el papel institucional— del sujeto que la formula, nos puede ayudar a establecer si un enunciado deóntico significa una norma o bien una proposición sobre una norma.¹⁰²

En conclusión: la tesis guastiniana de acuerdo con la cual el último Kelsen habría, igualmente, como por el pasado, adoptado una concepción de las proposiciones jurídicas como (necesariamente) dotadas de la forma de enunciados deónticos, isomorfos a las normas que pretenden describir, no puede ser aceptada sin reservas. El último Kelsen adopta de hecho, y por el contrario, una concepción más articulada, que toma en cuenta los resultados de la filosofía analítica del lenguaje, y que parece adecuada a prevenir toda confusión entre derecho (las normas jurídicas) y la ciencia del derecho (las proposiciones que describen las normas válidas de un orden positivo).

Esta conclusión nos conduce a considerar, aunque brevemente, el último punto de Guastini: la tesis de acuerdo con la cual, como consecuencia de la elaboración defectuosa de la distinción entre normas y proposiciones jurídicas, aun la distinción “entre el derecho y la ciencia jurídica”, una de las preocupaciones principales de Kelsen durante toda su larga vida de filósofo del derecho positivo, resultaría “completamente desdibujada”. Me limitaré a dos observaciones.

Primero, la concepción del último Kelsen sobre la distinción entre normas y proposiciones jurídicas no parece contribuir de ninguna manera a la confusión entre el derecho (las normas jurídicas) y la ciencia jurídica (las proposiciones jurídicas). Todo lo contrario. Kelsen proporciona a todo jurista “de buena fe” un aparato terminológico y conceptual suficiente (aunque, por supuesto, perfectible) para ser capaz de distinguir claramente entre i) el discurso del derecho, ii) el discurso de la ciencia jurídica, en tanto verdadera actividad científica (*qua scientia*), y iii) el discurso de la ciencia jurídica como factor de política del derecho (a través de interpretaciones volitivas “no-auténticas”).¹⁰³

Segundo, si se busca el factor que podría ser la causa (primaria) de tal (pretendida) confusión, sería mejor localizarla en la epistemología kelsenia-

acuerdo con el derecho *****, si alguien roba, debe ser castigado con una pena de prisión de un año).

¹⁰² Véase, por ejemplo, Kelsen, Hans, *Allgemeine Theorie...*, cit., capítulo 38, § IV.

¹⁰³ *Ibidem*, capítulos 8, 29, § IV, 38, 41, 59 (§ XIV), pp. 394 y 395 y nota 155; Kelsen, Hans, *Reine...*, cit., capítulo VIII, §§ 45-47.

na. En particular, en la adhesión de Kelsen a una epistemología constructivista, de origen kantiano y neokantiano, que confiere a la ciencia jurídica normativa (o “dogmática”) la tarea de (y el título para) realizar, como lo dije, o bien la *transformación* de los materiales jurídicos positivos en un sistema coherente de normas jurídicas (en la época del positivismo (neo) kantiano puro),¹⁰⁴ o bien la *descripción sistematizadora* de las normas válidas de los órdenes jurídicos positivos (en la época del positivismo (neo)kantiano descriptivista:¹⁰⁵ *supra*, III). Por lo tanto, aun admitiendo que haya efectivamente una confusión entre el derecho de la ciencia jurídica en estas épocas precedentes de la epistemología jurídica kelseniana (la cual es, sin embargo, cuestionable), es necesario tener en cuenta un hecho (que debería ser) bien conocido: el constructivismo está en retirada en el último Kelsen; él defiende, en la *Teoría general de las normas* (*Allgemeine Theorie der Normen*), una visión postconstructivista, más fuertemente descriptivista, de la tarea de la ciencia jurídica, habiendo rechazado, en particular, la tesis de la aplicación indirecta de la lógica (principio de no contradicción y regla de inferencia) a las normas, y habiendo adoptado en cambio la idea, extraída de un viejo ensayo de Adolf Merkel, de que todo principio para resolver las antinomias es y no puede ser otra cosa que una norma de derecho positivo, cuya existencia o inexistencia en un orden jurídico,¹⁰⁶ una ciencia realmente positivista debe limitarse a constatar.

¹⁰⁴ Véase, por ejemplo, Kelsen, Hans, *La dottrina del diritto naturale...*, *cit.*

¹⁰⁵ Kelsen, Hans, *Reine...*, *cit.*, capítulo III.

¹⁰⁶ Kelsen, Hans, *Allgemeine Theorie...*, *cit.*, capítulos 29, 50, 57-59.