

LA TEORÍA JURÍDICA DE HANS Kelsen EN EL SISTEMA DEL NO-POSITIVISMO*

Robert ALEXY**

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El sistema del no-positivismo*. III. *Norma fundamental* (Grundnorm).

I. INTRODUCCIÓN

Algunos meses antes de su muerte, el 7 de enero de 2018, Ralf Dreier publicó un artículo bajo el título “Comprensión integrativa: un balance” (“Integratives Verstehen-eine Bilanz”). Aquí, hace una evaluación de su vida intelectual. Leemos que fluctuó no sólo entre Habermas y Luhmann, sino, especialmente, entre Kant y Hegel y, también, entre Kelsen y Radbruch.¹ Aprendemos que la fluctuación Kelsen-Radbruch le preocupó no sólo durante un largo periodo de tiempo, sino que, de hecho, justo hasta el día en que escribió su artículo.² Estas fluctuaciones pueden ser comprendidas de dos maneras: primero, como una oscilación entre las alternativas todo-o-nada, es decir, o aceptar todas las tesis esenciales para Kelsen o aceptar todas las tesis esenciales para

* Este artículo fue publicado originalmente como: Alexy, Robert, “Hans Kelsen’s Legal Theory in the System of Non-Positivism”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, núm. 163, 2020, pp. 31-43. Traducción al castellano 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@ucm.es. 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 emérito de la Universidad Christian Albrecht de Kiel, Alemania. Contacto: alex@law.uni-kiel.de. Me gustaría agradecer a Stanley L. Paulson por sus sugerencias y consejos en gramática inglesa.

¹ Dreier, Ralf, “Integratives Verstehen - eine Bilanz”, en Borowski, Martin, Paulson, Stanley L. & Sieckmann, Jan-Reinard (eds.), *Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie. Robert Alexys System*, Tubinga, 2017, p. 586.

² *Ibidem*, p. 583.

Radbruch; segundo, como un intento por conectar elementos de ambos campos. El concepto de comprensión integrativa en el título del artículo de Dreier señala en dirección a la conexión. Sin embargo, hablar sobre conexiones, al igual que hablar sobre vías intermedias en general, resulta de escaso valor si las conexiones no están construidas en un modo suficientemente preciso. El propósito de mi artículo es contribuir a dicha construcción.

II. EL SISTEMA DEL NO-POSITIVISMO

Kelsen es un positivista; Radbruch, un no-positivista. El positivismo y el no-positivismo son dos tesis que se contradicen entre ellas. El positivismo afirma que no existe una conexión necesaria entre el derecho y la moral. El no-positivismo sostiene que existe una conexión necesaria entre el derecho y la moral. Si no se pudiera decir nada más que esto sobre el positivismo y el no-positivismo, entonces habría pocas razones para indagar sobre las conexiones entre el positivismo y el no-positivismo. Por fortuna, se puede y, de hecho, se debe decir más. Un camino para hacer esto es relacionar elementos de la teoría jurídica de Kelsen con elementos del sistema del no-positivismo.

Todas las concepciones positivistas sobre la naturaleza del derecho refieren dos, y sólo dos elementos de la definición del derecho: su promulgación por una autoridad y su eficacia social. Estos dos elementos conciernen a la dimensión real o fáctica del derecho. Todas las concepciones no-positivistas serias añaden a estos elementos, real y fáctico, un tercero. Éste hace referencia a la dimensión ideal o crítica del derecho: la corrección moral, primero, y, ante todo, la justicia.³ Ésta es la tesis de la doble naturaleza del derecho.⁴ La tesis de la doble naturaleza conecta un lado positivo del derecho con un lado no-positivo. Con esto, el camino que conduce hacia la construcción de la conexión de los elementos de la teoría de Kelsen y el no-positivismo está abierto. Sin embargo, abrir un camino es diferente a viajar a través de él. Para ello, es indispensable dar un vistazo al sistema del no-positivismo. El sistema del no-positivismo consiste en un centro, un marco conceptual, e implicaciones basadas en ambos.

³ Alexy, Robert, *The Argument from Injustice. A Reply to Legal Positivism*, trad. de Paulson, Stanley L. & Litschewski Paulson, Bonnie, Estados Unidos de América, Oxford University Press, 2002, pp. 3 y 4.

⁴ Alexy, Robert, "The Dual Nature of Law", *Ratio Juris*, núm. 23, 2010, p. 167.

1. *El centro: la pretensión de corrección*

El centro, o punto de Arquímedes, del sistema del no-positivismo es el argumento de la corrección.⁵ Este argumento afirma que el derecho enarbolaba una pretensión de corrección, y esta pretensión hace referencia no sólo a la dimensión real del derecho, sino también a la ideal,⁶ esto es, a la corrección moral, primero y, ante todo, la justicia.⁷ El argumento de la corrección es la fuente del vínculo necesario entre el derecho y la moral. Así, no es sorprendente que muchas objeciones se hayan esgrimido en su contra.⁸ Dichas objeciones no serán discutidas aquí. En el presente contexto, sólo un punto es de interés. Kelsen, aparentemente, adscribe cierta tesis a todas las formas del no-positivismo, a saber: la idea de “que un sistema social inhumano no es derecho, presupone una moral absoluta, esto es, una moral que es válida en todo lugar y todo tiempo”.⁹ Esta idea de Kelsen parece hacer referencia a una moral que está conectada a tres cuantificadores universales, es decir, a tres “todos”: todos los lugares en el espacio, todos los puntos en el tiempo y —aunque no está explícito, se encuentra implícito en la frase citada— todas las cuestiones morales. Estoy completamente de acuerdo con Kelsen en que tal moral no existe y, por lo tanto, no puede ser el resultado de una “cognición científica”.¹⁰ Sin embargo, esta forma más radical de cognitivismo moral no es, en absoluto, un presupuesto de la tesis

⁵ Alexy, Robert, *The Argument...*, cit., pp. 35-39.

⁶ Alexy, Robert, “Legal Certainty and Correctness”, *Ratio Juris*, núm. 28, 2015, p. 444.

⁷ Alexy, Robert, “The Dual...”, cit., pp. 168-172.

⁸ Véase, por ejemplo, Bulygin, Eugenio, “Alexy und das Richtigkeitsargument”, Aarnio, Aulia, Paulson, Stanley L., Weinberger, Ota, Von Wright, Georg Henrik & Wyduckel, Dieter (eds.), *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit. Festschrift für Werner Krawietz*, Berlín, Duncker & Humblot, 1993, pp. 19-24; Alexy, Robert, “Bulygin’s Kritik des Richtigkeitsargument”, en Garzón Valdés, Ernesto, Krawietz, Werner, Von Wright, Georg Henrik & Zimmerling, Ruth (eds.), *Normative Systems in Legal and Moral Theory. Festschrift für Carlos E. Alchourrón and Eugenio Bulygin*, Berlín, Duncker & Humblot, 1997, pp. 235-250; Bulygin, Eugenio, “Alexy’s Thesis of the Necessary Connection between Law and Morality”, *Ratio Juris*, núm. 13, 2000, pp. 133-137; Alexy, Robert, “On the Thesis of a Necessary Connection between Law and Morality: Bulygin’s Critique”, *Ratio Juris*, núm. 13, 2000, pp. 138-147; Bulygin, Eugenio, “Alexy Between Positivism and Non-positivism”, en Ferrer Beltrán, Jordi, Moreso, Juan José & Papayannis, Diego M. (eds.), *Neutrality and Theory of Law*, Dordrecht, Springer, 2013, pp. 49-59; Alexy, Robert, “Hans Kelsen’s Concept of the «Ought»”, *Jurisprudence*, núm. 4, 2013, pp. 225-238.

⁹ Kelsen, Hans, *Pure Theory of Law*, 2a. ed., Berkeley-Los Angeles, University of California Press, 1967, p. 68.

¹⁰ *Ibidem*, p. 63.

de la pretensión de corrección y, por lo tanto, del no-positivismo. Sin duda, la tesis de la pretensión de corrección perdería su sentido si en todas partes todo fuera siempre moralmente posible. En este caso, nada más que las decisiones —en la teoría de Kelsen, las decisiones están respaldadas por la coercitividad— gobernarían la agenda. Frente a esta tesis de la decisión, sin embargo, se encuentra la tesis de la argumentación. Ésta sostiene que la argumentación racional sobre cuestiones morales es posible, ya que existe un sistema de reglas, principios y formas del discurso práctico racional.¹¹ La teoría del discurso no afirma que existe sólo una respuesta correcta para todos los casos. Por el contrario, sostiene que algunas respuestas son discursivamente necesarias, algunas discursivamente imposibles y algunas simple y discursivamente posibles. Discursivamente necesario es aquello que es requerido por las reglas del discurso, sea directa o indirectamente, es decir, con referencia al proceso del discurso. Aquí pertenecen los derechos humanos y la democracia.¹² Discursivamente imposible es aquello que está excluido por las reglas del discurso. El principio racial (*Rassenprinzip*) y el principio del líder (*Führerprinzip*), como constitutivos del Tercer Reich, pertenecen aquí. Mera y discursivamente posible es lo que puede ser justificado sin violar las reglas del discurso, aunque lo contrario puede ser también justificado sin violar las reglas del discurso. Esto aplica al nivel abstracto, que se refiere, *inter alia*, a los derechos humanos, primero y, ante todo, a su aplicación mediante el examen de proporcionalidad.¹³ El amplio ámbito de la mera posibilidad discursiva, que comprende lo que Rawls llama “desacuerdo razonable”,¹⁴ no priva de sentido a la pretensión de corrección. Sin duda, cuando un caso no puede ser resuelto por un argumento, una decisión se hace necesaria, en los tribunales y parlamentos, normalmente una decisión mayoritaria. Esta es una solución que pertenece a la dimensión real del derecho. Pero con la pretensión de corrección la dimensión ideal continúa con vida como una idea regulativa. La corrección como una idea regulativa implica que la resolución institucional de un desacuerdo permanece abierta para una futura argumentación.¹⁵

¹¹ Alexy, Robert, *A Theory of Legal Argumentation*, 2a ed., trad. de Adler, Ruth y MacCormick, Neil, Estados Unidos de América, Oxford University Press, 1989, pp. 187-206.

¹² Alexy, Robert, “Discourse Theory and Human Rights”, *Ratio Juris*, núm. 9, 1996, pp. 220-233.

¹³ Alexy, Robert, “The Absolute and the Relative Dimension of Constitutional Rights”, *Oxford Journal of Legal Studies*, núm. 37, 2017, pp. 46 y 47.

¹⁴ Rawls, John, *Political Liberalism*, Nueva York, Columbia University Press, 1993, p. 55.

¹⁵ Alexy, Robert, “The Absolute and the Relative...”, *cit.*, p. 47.

2. Marco conceptual: dos elementos

Los marcos conceptuales pueden estar más o menos elaborados. Aquí sólo dos elementos son de interés: la distinción entre la perspectiva del observador y la perspectiva del participante, así como la distinción entre las conexiones clasificadora y calificadora entre el derecho y la moral.

A. Perspectiva del observador y perspectiva del participante

La distinción entre la perspectiva del observador y la perspectiva del participante¹⁶ es de vital importancia para la construcción de la relación entre el positivismo y el no-positivismo. En el sistema del no-positivismo, la perspectiva del observador es, con una pequeña excepción,¹⁷ una perspectiva positivista, en contraste con la perspectiva del participante, que es esencialmente una perspectiva no-positivista. El observador formula preguntas acerca, y aduce argumentos a favor de una posición que refleja cómo se deciden realmente las controversias jurídicas en un sistema jurídico, mientras que el participante hace preguntas acerca, y aduce argumentos a favor de lo que considera una respuesta correcta a una cuestión jurídica en el sistema jurídico en el cual él mismo se encuentra. La perspectiva del observador está definida por la pregunta: “¿cómo se toman las decisiones jurídicas?”; la perspectiva del participante por la interrogante: “¿cuál es la respuesta jurídica correcta?”. Ambas preguntas requieren diferentes tipos de argumentos. El observador se limita a los argumentos basados en los hechos, mientras que el participante, por ejemplo, un juez, tiene que aducir, junto a los argumentos basados en los hechos, argumentos normativos que no están basados en los hechos. Esto aplica a todos los casos que, debido a la “textura abierta”¹⁸ del derecho, no pueden ser resueltos solamente sobre la base de los argumentos basados en los hechos.¹⁹

¹⁶ Alexy, Robert, *The Argument...*, cit., p. 25.

¹⁷ Esta excepción deviene de la pretensión de corrección. Un sistema de reglas sociales que no enarbore una pretensión de corrección no es un sistema jurídico; Alexy, Robert, *The Argument...*, cit., p. 34. Esta verdad conceptual concierne, primero, a la dimensión ideal y, segundo, es inevitable inclusive para quien se califique a sí mismo solamente como un observador.

¹⁸ Hart, Herbert Lionel Adolphus, *The Concept of Law*, 3a. ed., Estados Unidos de América, Oxford University Press, 2012, p. 128.

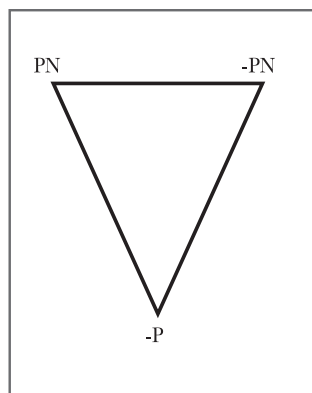
¹⁹ La distinción entre la perspectiva del observador y del participante ha sido criticada por el lado positivista, así como por el no-positivista. Véase, por una parte, Raz, Joseph,

a. La relación entre las dos perspectivas

La relación entre las dos perspectivas es asimétrica y, esto, por dos razones. Primero, todos los participantes deberían ser, también, observadores. De lo contrario, no podrían aplicar el derecho positivo. En contraste con esto, es posible ser un observador sin ser un participante, es decir, ser un observador puro. La segunda razón para la asimetría es que un sistema jurídico puede existir sin observadores puros, pero no sin participantes. Esto implica que la perspectiva del participante es más fundamental que la del observador puro.

b. Positivismo naturalista y normativista

Existen dos clases de observadores puros: observadores puros naturalistas y observadores puros normativistas, y, por lo tanto, dos tipos de positivismo: positivismo naturalista y positivismo normativista. Todos los positivistas normativistas son positivistas no-naturalistas. Es decir, el positivismo naturalista y el positivismo normativista están en contradicción. Si a esto se agrega el no-positivismo, se puede formular una triada en la que el no-positivismo se enfrenta tanto al positivismo naturalista como al positivismo no-naturalista o normativo en relación de contrariedad:



“P” permanece aquí para “positivismo”, “N” para “naturalismo” y “¬” para la negación. Puede llamarse esta triada la “triada naturalista”.

Surge la pregunta: ¿cuál de las dos posiciones positivistas contrarias al no-positivismo encaja mejor en el sistema del no-positivismo? La respuesta es sencilla: el positivismo no-naturalista. Karl Olivecrona es un representante paradigmático del naturalismo. En su libro *Derecho como hecho* (*Law as Fact*),

“The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism”, en Pavlakos, George (ed.), *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oxford-Portland, Oxford University Press, 2007, pp. 22-25, y, por la otra, Finnis, John, “Law as Fact and as Reason for Action: A Response to Robert Alexy on Law’s «Ideal Dimension»”, *The American Journal of Jurisprudence*, núm. 59, 2014, pp. 86-90. Hemos dado respuesta a esto en Alexy, Robert, “An Answer to Joseph Raz”, en Pavlakos, George, *op. cit.*, pp. 45-48; Alexy, Robert, “Comments and Responses”, en Klatt, Matthias (ed.), *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy*, Estados Unidos de América, Oxford University Press, 2012, pp. 324 y 325.

publicado en 1939, Olivecrona sostiene, con la mirada puesta en Kelsen, que “[l]as reglas del derecho son una *causa natural* —entre otras— de las acciones de los jueces en casos de controversia, así como del comportamiento, en general, de la gente en relación con los demás”.²⁰ Esto podría llamarse la “tesis de la causa natural”. En contraste con ello, Kelsen, en la primera edición de su *Teoría pura del derecho* (*Reine Rechtslehre*), publicada en 1934, define al “derecho como una norma”,²¹ la norma como “significado”,²² el “único sentido” de este significado como un “deber” y un “deber” como una “categoría”.²³ Este es el lenguaje por medio del cual las entidades abstractas son descritas. Kelsen insiste en que las normas —y, por lo tanto, el derecho— no pueden ser reducidas ni a eventos ni a procesos físicos. Ellas pertenecen no a una realidad natural, sino a una “realidad ideal”.²⁴ Esa realidad ideal, que existe además del mundo físico y psíquico, sería un “tercer reino”²⁵ en el sentido de Frege. Esto podría ser llamada la “tesis del contenido significado”, cuya referencia al “tercer reino” de Frege o “realidad ideal” de Kelsen, la tesis del contenido significado, es una tesis ontológica bastante fuerte. Su corrección depende del cuarto concepto de la serie de conceptos de Kelsen, empleados para determinar lo que es el derecho: norma, significado, deber y categoría. El concepto de categoría conduce al problema de la *norma fundamental* (*Grundnorm*). Esto será nuestro tema en la última parte de este artículo. Aquí, sólo un punto es de interés: la competencia entre el positivismo naturalista y no-naturalista.

Esta competencia es dirimida por la pretensión de corrección, que permanece en el centro del no-positivismo. La pretensión de corrección se encuentra necesariamente conectada con la argumentación o justificación. Lo correcto es lo que puede ser justificado. La justificación es una empresa inferencial.²⁶ Una actuación correcta o racional de una inferencia debe proceder de acuerdo con las reglas de la lógica. Las reglas de la lógica, sin embargo, no pueden ser aplicadas directamente a los hechos naturales. Ellas sólo pueden ser aplicadas a las proposiciones, sean proposiciones sobre lo

²⁰ Olivecrona, Karl, *Law as Fact*, Dinamarca-Reino Unido, Oxford University Press, 1939, p. 16.

²¹ Kelsen, Hans, *Introduction to the Problems of Legal Theory*, Estados Unidos de América, Oxford University Press, 1992, p. 13.

²² *Ibidem*, pp. 11, 13 y 14.

²³ *Ibidem*, p. 24.

²⁴ *Ibidem*, p. 15.

²⁵ Frege, Gottlob, “The Thought: A Logical Inquiry”, en Strawson, Peter Frederick (ed.), *Philosophical Logic*, Reino Unido, Oxford University Press, 1967, p. 29.

²⁶ Alexy, Robert, “The Nature of Legal Philosophy”, *Ratio Juris*, núm. 17, 2004, p. 162.

que es, sean proposiciones sobre lo que debe ser. Desearía llamar esto la “tesis proposicional”. Esto implica que el positivismo naturalista, como es representado por Olivecrona, es incompatible con el no-positivismo, mientras que el positivismo no-naturalista, como es representado por Kelsen, es, en este respecto, compatible. En suma, el sistema del no-positivismo incluye al no-naturalismo de Kelsen.

B. *Conexiones clasificadoras y calificadoras*

El segundo elemento del marco conceptual a ser considerado aquí es la distinción entre las conexiones clasificadoras y las conexiones calificadoras entre el derecho y la moral. Esta distinción atañe a los efectos de los defectos morales. El efecto de una conexión clasificadora es la pérdida de la validez jurídica. En contraste, el efecto de una conexión calificadora es el defecto jurídico o incorrección que sin embargo, no socava la validez jurídica.²⁷ El punto decisivo aquí es que el efecto moral del defecto o incorrección es un defecto o incorrección *jurídica*. Que las normas moralmente defectuosas sean moralmente defectuosas es una verdad trivial. Un positivista no tiene problema en estar de acuerdo con esto. Pero que estas normas sean, además de esto, también jurídicamente defectuosas, no es solamente no trivial, sino, de hecho, resulta de la mayor importancia para la relación entre la dimensión real e ideal del derecho; esto es así no sólo por razones teóricas, sino también por razones de naturaleza práctica. Si el defecto fuera simplemente moral, sería difícil explicar por qué un tribunal de alzada —independientemente de lo que dice el derecho positivo— tiene el poder jurídico para anular una decisión injusta de un tribunal inferior en un caso en el que esta decisión injusta sea tan compatible con el derecho positivo como lo sería una decisión justa.²⁸

3. *Implicaciones*

La distinción entre las conexiones clasificadora y calificadora implica que tienen que ser distinguidos tres tipos de no-positivismo: exclusivo, superinclusivo y no-positivismo inclusivo.²⁹

²⁷ Alexy, Robert, *The Argument...*, cit., p. 26.

²⁸ Alexy, Robert, “The Ideal...”, cit., p. 327.

²⁹ Las relaciones lógicas entre estas tres formas de no-positivismo pueden ser descritas por medio de la triada cuantificadora. Véase, Alexy, Robert, “Law, Morality, and the Existence of Human Rights”, *Ratio Juris*, núm. 25, 2012, pp. 4-7.

A. *No-positivismo exclusivo*

El no-positivismo exclusivo es la versión más radical del no-positivismo. Afirma que cada injusticia, cada defecto moral de una norma excluye su validez jurídica, su ser jurídico. Una versión clásica de esta perspectiva está expresada en la afirmación de san Agustín de que “un derecho que no es justo no me parecería que fuera derecho”.³⁰ Un ejemplo reciente es la tesis de Beyleveld y Brownsword de que “las reglas inmorales no son derecho válido”.³¹

Kelsen atribuye al no-positivismo la tesis de que “las normas sociales deben tener un contenido moral, deben ser justas para ser consideradas como derecho”.³² Esta atribución es correcta respecto al no-positivismo exclusivo, pero incorrecta respecto al no-positivismo inclusivo y superinclusivo. El argumento, ya considerado,³³ sobre los límites del conocimiento moral, que conecta con esta atribución, también es correcto, pero únicamente como un argumento contra el no-positivismo exclusivo, la forma más vulnerable del no-positivismo. No es correcto como un argumento contra el no-positivismo inclusivo y superinclusivo. Ambos reconocen los límites de la argumentación moral, esto es, la amplia área de la mera posibilidad discursiva o desacuerdo razonable. En otras palabras, el no-positivismo no es destruido por la destrucción de Kelsen del no-positivismo exclusivo.

B. *No-positivismo superinclusivo*

El no-positivismo superinclusivo es la contraparte radical del no-positivismo exclusivo. El no-positivismo superinclusivo se dirige hacia el otro extremo. Sostiene que la validez jurídica no se ve afectada en modo alguno por las deficiencias morales. A primera vista, esto parece ser una versión del positivismo, no del no-positivismo. Esta primera impresión, sin embargo, es errónea, por dos motivos. El primero resulta de la distinción entre las conexiones clasificadora y calificadora, las cuales interpretan un papel central en el sistema del no-positivismo. Incluso si la validez jurídica no se ve afectada,

³⁰ San Agustín, *De libero arbitrio - Der Freie Wille*, Paderborn, Ferdinand Schöningh, 2006, p. 86. “Nam lex mihi esse non videtur, quae iusta non fuerit”.

³¹ Beyleveld, Deryck & Brownsword, Roger, *Human Dignity in Bioethics and Biolaw*, Estados Unidos de América, Oxford University Press, 2001, p. 76.

³² Kelsen, Hans, *Pure Theory...*, cit., p. 64. Véase, además, la interpretación de Kelsen del no-positivismo como la “tesis de que el derecho es moral de acuerdo a su naturaleza”. *Ibidem*, p. 68.

³³ *Ibidem*, pp. 31 y 32.

en ningún caso, por la incorrección moral, esto es, no se asume ningún efecto clasificador en ningún caso de deficiencia moral, en todos los casos de incorrección moral puede asumirse un efecto calificador, a saber: la deficiencia jurídica. Pueden encontrarse fuertes tendencias hacia esta dirección en la obra de Santo Tomás de Aquino, Kant y Finnis.³⁴ Pero este tema no se tratará aquí. La segunda razón para no identificar el no-positivismo superinclusivo con el positivismo es que el no-positivismo superinclusivo es compatible con razones morales de validez jurídica, el positivismo, en tanto relacionado sólo con la dimensión real o fáctica del derecho, no. Ambas razones interpretarán un papel importante para responder la interrogante si una *norma fundamental* (*Grundnorm*) es posible y necesaria no sólo en el positivismo no-naturalista de Kelsen, sino también en el sistema del no-positivismo. Ésta es la pregunta sobre la *norma fundamental* (*Grundnorm*). Esta interrogante no puede ser respondida sin hacer referencia a la tercera forma del no-positivismo, el no-positivismo inclusivo.

C. *No-positivismo inclusivo*

El no-positivismo inclusivo no afirma ni que los defectos morales siempre socavan la validez jurídica ni que nunca lo hagan. De acuerdo con la fórmula de Radbruch,³⁵ el no-positivismo inclusivo afirma que los defectos morales socavan la validez jurídica, si y sólo si es transgredido el umbral de la injusticia extrema. La injusticia por debajo de este umbral está incluida en el concepto de derecho defectuoso, pero válido.

Estas tres formas de no-positivismo pueden ser reconstruidas en tanto soluciones de la competencia entre dos principios: el principio de certeza jurídica y el principio de justicia. El no-positivismo exclusivo confiere una precedencia incondicional a la justicia; el no-positivismo superinclusivo, a la certeza jurídica. Pueden surgir serias objeciones frente a ambas afirmaciones.³⁶ La situación es diferente en el caso del no-positivismo inclusivo; éste establece una precedencia condicional a la justicia en los casos de injusticia extrema.³⁷ Con esto, la cuestión de cómo la fórmula de Radbruch está relacionada con la *Grundnorm* de Kelsen entra en escena.

³⁴ Alexy, Robert, "The Dual...", *cit.*, p. 176; Alexy, Robert, "Law, Morality...", *cit.*, p. 6.

³⁵ Alexy, Robert, "A Defense of Radbruch's Formula", en Freeman, M.D.A., *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, 8a. ed., Londres, Sweet & Maxwell, 2008, pp. 426-428; Alexy, Robert, *The Argument...*, *cit.*, pp. 40-62.

³⁶ Alexy, Robert, "The Dual...", *cit.*, p. 176.

³⁷ Alexy, Robert, "Legal Certainty...", *cit.*, pp. 445-447.

III. NORMA FUNDAMENTAL (*GRUNDNORM*)

Con la *norma fundamental* (*Grundnorm*), Kelsen trata de superar dos posiciones a las que la *Teoría pura del derecho* fundamentalmente se opone: el naturalismo, por una parte, y el no-positivismo, por la otra.

1. *Norma fundamental* (*Grundnorm*) y “deber”

La principal preocupación de la confrontación de Kelsen con el naturalismo es la transformación de un “ser” a un “deber”; la principal preocupación de su confrontación con el no-positivismo es lograr esta transformación sin recurrir a la moral, esto es, su objetivo es establecer una normatividad sin moral.

Kelsen habla, respecto a la estructura formal de su solución al problema “ser”-“deber”, de un “silogismo”,³⁸ el cual, más tarde, califica como un “silogismo normativo”.³⁹ Este silogismo puede denominarse “silogismo *norma fundamental* (*Grundnorm*)”.⁴⁰ En *El concepto y la validez del derecho* reconstruyo este silogismo de la manera siguiente.⁴¹ El “ser” es representado por la primera premisa:

(1) La Constitución *C* ha sido realmente promulgada y es socialmente eficaz.

El “deber” está expresado, *inter alia*, por la conclusión:

(3) Está jurídicamente ordenado comportarse de acuerdo con la Constitución *C*.

(3) No se sigue lógicamente de (1). Por tal motivo, se tiene que introducir una premisa más, que haga posible la transición de (1) a (3):

(2) Si una Constitución ha sido realmente promulgada y es socialmente eficaz, entonces está jurídicamente ordenado comportarse de acuerdo con esta Constitución.

Esta premisa adicional cuenta como una de muchas formulaciones posibles de la *Grundnorm* de Kelsen.

³⁸ Kelsen, Hans, *Pure Theory...*, cit., p. 202.

³⁹ *Ibidem*, p. 212.

⁴⁰ Alexy, Robert, *The Argument...*, cit., p. 98.

⁴¹ *Ibidem*, pp. 96-98; Alexy, Robert, “Comments and Responses”, en Klatt, Matthias (ed.), *op. cit.*, pp. 324 y 325.

Stanley L. Paulson ha argumentado que esta reconstrucción atribuye una “normatividad justificada”⁴² a Kelsen. Si entendemos por normatividad justificada una normatividad moralmente justificada, no me encuentro de acuerdo con esto. Sin duda, Joseph Raz atribuye una tesis de normatividad justificada a Kelsen cuando afirma que la concepción de Kelsen sobre la normatividad de un sistema jurídico supone que el sistema sea considerado como “moralmente justo y bueno”.⁴³ Nada por el estilo está contenido en mi reconstrucción. De hecho, empleo la expresión “jurídicamente prescrito” en la formulación de la *norma fundamental* (*Grundnorm*). Pero las expresiones como “jurídicamente prescrito” y “jurídicamente obligatorio” (*rechtsverbindlich*)⁴⁴ pueden emplearse sin ninguna implicación moral. Paulson sostiene que una formulación de la *norma fundamental* (*Grundnorm*) que emplea tales expresiones “parece prestar apoyo a la tesis de la normatividad justificada”.⁴⁵ Quizá estas expresiones podrían seducir a los lectores a tratar de conectar una normatividad justificada, en el sentido de una normatividad moralmente justificada, con estos conceptos. Pero esta seducción puede contrarrestarse con sólidos argumentos interpretativos y sistemáticos. Podría agregarse que el término “jurídicamente prescrito”, como es empleado en mi formulación de la *norma fundamental* (*Grundnorm*), es sólo un elemento de una familia de conceptos que pueden utilizarse para expresar el “deber”. Otros son validez jurídica, sentido objetivo y facultar.⁴⁶ Y, me encuentro de acuerdo con Paulson en que existe un fuerte soporte textual para el efecto de que en la “etapa madura de Kelsen”,⁴⁷ ya anunciada a finales de 1930,⁴⁸ y que culmina en la segunda edición de la *Teoría pura del derecho* (*Reine Rechtslehre*),⁴⁹ facultar es la modalidad normativa fundamental. Sin embargo, en nuestro contexto presente, esto no es de especial importancia. Nuestra cuestión es cómo la transición desde un “ser” hasta un “deber” puede llevarse a cabo, y la respuesta a esta interrogante no depende de la modalidad normativa que representa el “deber”. Por

⁴² Paulson, Stanley L., “A Justified Normativity, Thesis in Hans Kelsen’s Pure Theory of Law? Rejoinders to Robert Alexy and Joseph Raz”, en Klatt, Matthias, *op. cit.*, p. 68.

⁴³ Raz, Joseph, “Kelsen’s Theory of the Basic Norm”, en Paulson, Stanley L. & Litschewski Paulson, Bonnie (eds.), *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Estados Unidos de América, 1998, pp. 47 y 58.

⁴⁴ Kelsen, Hans, *Allgemeine Staatslehre*, Berlín, Mohr Siebeck, 1925, p. 99.

⁴⁵ Paulson, Stanley L., “A Justified Normativity, Thesis...”, *cit.*, p. 87.

⁴⁶ *Ibidem*, pp. 86 y 87.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 83.

⁴⁸ Kelsen, Hans, “Recht und Kompetenz. Kritische Bemerkungen zur Völkerrechtstheorie Georges Scelles”, en Ringhofer, Kurt & Walter, Robert (eds.), *Hans Kelsen. Auseinandersetzungen zur Reinen Rechtslehre*, Viena, Springer Verlag, 1987, p. 75.

⁴⁹ Véase, por ejemplo, Kelsen, Hans, *Pure Theory...*, *cit.*, p. 26.

si fuera poco, los argumentos textuales que versan sobre el carácter fundamental de autorizar pueden ser confrontados con argumentos sistemáticos que hablan en contra.⁵⁰ Pero no voy a profundizar más en esto aquí. Para nuestros propósitos es suficiente afirmar que el silogismo *norma fundamental* (*Grundnorm*) muestra que la *norma fundamental* (*Grundnorm*) es, tal como lo expresa Kelsen, “lógicamente indispensable”⁵¹ (*logisch unerlässlich*) para la transformación de un “ser” a un “deber”.

De acuerdo con Paulson, todo esto no muestra otra cosa que el “llamado a un silogismo normativo” de Kelsen equivale “a una petición de principio (*petitio principii*)”.⁵² Me encuentro de acuerdo con esto en un punto importante, pero no completamente. El punto sobre el cual difiero concierne al poder analítico del silogismo *norma fundamental* (*Grundnorm*). La premisa *norma fundamental* (*Grundnorm*) *qua* segunda premisa de este silogismo no es simplemente una “suposición”.⁵³ Es un presupuesto necesario para la transformación de un “ser” a un “deber”. El propio Kelsen subrayó que existe una alternativa al normativismo, a saber: naturalismo, de acuerdo con la cual el derecho no es otra cosa más que un sistema de “relaciones de poder”.⁵⁴ Ello implica que la necesidad de una premisa *norma fundamental* (*Grundnorm*) no es una necesidad incondicional, sino únicamente una necesidad condicional.⁵⁵ Esto tiene consecuencia de gran alcance para calificar el carácter epistemológico de la *norma fundamental* (*Grundnorm*) de Kelsen. No es simplemente trascendental, sino que “débilmente trascendental”,⁵⁶ y, con esto, una categoría relativa *a priori*.⁵⁷ Pero esto es más que nada una transformación de un “ser” a un “deber”.

2. La necesidad de la norma fundamental (*Grundnorm*) de Kelsen

La *norma fundamental* (*Grundnorm*) de Kelsen *qua* regla de cambio es —respecto a su estructura, no a sus consecuencias sistemáticas— la forma más

⁵⁰ Alexy, Robert, “Hans Kelsen’s Concept of the Ought”, *Jurisprudence*, núm. 4, 2013, pp. 240-245.

⁵¹ Kelsen, Hans, *Pure Theory...*, *cit.*, p. 204.

⁵² Paulson, Stanley L., “A Justified Normativity Thesis...”, *cit.*, p. 70.

⁵³ *Idem*.

⁵⁴ Kelsen, Hans, *Pure Theory...*, *cit.*, p. 218.

⁵⁵ Alexy, Robert, “Comments...”, *cit.*, p. 325.

⁵⁶ Alexy, Robert, *The Argument...*, *cit.*, p. 110.

⁵⁷ Alexy, Robert, “Hans Kelsens Begriff des relativen Apriori”, en Alexy, Robert, H. Meyer, L., Paulson, Stanley L. & Sprenger, G. (eds.), *Neukantianismus und Rechtsphilosophie*, Baden-Baden, Springer, 2002, pp. 193-202.

simple de una *norma fundamental* (*Grundnorm*). Se limita a conectar la promulgación y eficacia, en el lado del “ser”, con la validez u otro concepto normativo, en extremo del “deber”. Esto puede llamarse, respecto a su simplicidad estructural, la “*norma fundamental* (*Grundnorm*) mínima”. El argumento del silogismo de Kelsen tiene éxito en la medida en que demuestra que hay que presuponer al menos una *norma fundamental* (*Grundnorm*) mínima si se quiere transformar un “ser” en un “deber”. Este es un argumento analítico, y se puede caracterizar la *norma fundamental* (*Grundnorm*) básica de Kelsen, por esta razón, como una “*norma fundamental* (*Grundnorm*) analítica”.⁵⁸ Pero emplear cierta forma de la *norma fundamental* (*Grundnorm*) en un argumento que demuestra exitosamente que una *norma fundamental* (*Grundnorm*) es necesaria para el establecimiento del “deber” no es demostrar que justo esta forma también es necesaria. Para demostrar que necesitamos una *norma fundamental* (*Grundnorm*) no es suficiente con demostrar que la *norma fundamental* (*Grundnorm*) empleada en esta demostración es la *norma fundamental* (*Grundnorm*). Para demostrar esto, hay que “descartar”⁵⁹ “enfoques alternativos”. Es exactamente este punto al que Paulson se dirige con su reproche de “petición de principio”.⁶⁰ Lo que es más, Paulson refiere explícitamente, en el contexto de un problema alternativo, a la teoría del derecho natural, esto es, al no-positivismo: “En particular, la desestimación de [Kelsen] de la teoría del derecho natural no tiene fuerza como argumento y la teoría del derecho natural permanece, entonces, como una alternativa a su propia teoría”.⁶¹

3. Una *norma fundamental* (*Grundnorm*) no-positivista

La tesis de Kelsen de que una *norma fundamental* (*Grundnorm*) es necesaria para realizar una transformación de un “ser” a un “deber” permanece, sin embargo, cierta. Esta transformación puede ser descrita como una transformación categórica,⁶² y el positivismo no-naturalista requiere esta transformación, tanto como el no-positivismo. En la medida en que éste es el caso, la *norma fundamental* (*Grundnorm*) expresa una verdad universal. Esta verdad universal establece una conexión necesaria entre el positivismo no-naturalista y el no-positivismo.

⁵⁸ Alexy, Robert, *The Argument...*, cit., p. 96.

⁵⁹ Paulson, Stanley L., “A Justified Normativity Thesis...”, cit., p. 76.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 70.

⁶¹ *Ibidem*, p. 76. Véase, también, *idem*, nota a pie de página 77.

⁶² Alexy, Robert, *The Argument...*, cit., p. 105.

Con esto, sin embargo, la cuestión alternativa no está todavía respondida. La respuesta consiste, primero, en la construcción de una *norma fundamental (Grundnorm)* no-positivista y, segundo, en su justificación. Aquí, me enfocaré en la construcción. Esta construcción comprende tres pasos por medio de los cuales la *norma fundamental (Grundnorm)* de Kelsen es transformada en una *norma fundamental (Grundnorm)* no-positivista: primero, la introducción de una cláusula limitativa; segundo, la inserción de una cláusula de apertura y, tercero, la adición de un nivel de justificación. Con esto, la *norma fundamental (Grundnorm)* analítica de Kelsen es transformada en una *norma fundamental (Grundnorm)* normativa.⁶³

A. Cláusula limitativa

La fórmula de Radbruch, la cual dice, en su forma abreviada, que la injusticia extrema no es derecho, es, como ya se ha dicho, un elemento esencial del no-positivismo inclusivo, que aquí se refrenda como el resultado de ponderar la certeza jurídica contra la justicia. El no-positivismo superinclusivo no conoce una cláusula limitativa; el no-positivismo exclusivo aboga por el extremo opuesto, una cláusula limitativa que no conoce límites. Aquí, sólo la *norma fundamental (Grundnorm)* del no-positivismo inclusivo deberá ser considerada. Ésta puede ser formulada de diferentes maneras. Nuestro punto de partida será la siguiente versión de la *norma fundamental (Grundnorm)* de Kelsen:

- a) El derecho incluye a todas las normas que han sido promulgadas y son socialmente eficaces.

La inserción de la fórmula de Radbruch deberá expresarse de la siguiente manera:

- b) El derecho incluye todas las normas que, primero, han sido promulgadas, son socialmente efectivas y, segundo, no son extremadamente injustas.

B. Cláusula de apertura

La fórmula de Radbruch corresponde a la conexión clasificadora entre el derecho y la moral. Para complementar la *norma fundamental (Grundnorm)*

⁶³ *Ibidem*, p. 116.

no-positivista, la conexión calificadora también debe ser incluida. Esto puede realizarse por medio de una cláusula de apertura que haga referencia a la pretensión de corrección:

- c) El derecho incluye todas las normas que, primero, hayan sido promulgadas y sean socialmente eficaces, segundo, no sean extremadamente injustas y, tercero, todos los principios y argumentos que son requeridos por la pretensión de corrección.⁶⁴

C. Nivel de justificación

De acuerdo con Kelsen, la *norma fundamental* (*Grundnorm*) es incapaz de ser establecida: “Sobre el fundamento de la validez de la *Grundnorm* no pueden hacerse más pesquisas”.⁶⁵ El no-positivismo contesta esto.⁶⁶ Un ejemplo para un no-positivista que emplee el término *norma fundamental* (*Grundnorm*), aunque en parte sólo sea entre comillas, es Gustav Radbruch.⁶⁷ Su justificación de la *norma fundamental* (*Grundnorm*) es exclusivamente el principio de certeza jurídica,⁶⁸ ocasionalmente conectado con “paz, orden” (*Friede, Ordnung*).⁶⁹ Esta orientación exclusiva hacia la certeza jurídica sitúa la posición de Radbruch de 1932 muy cerca del no-positivismo superinclusivo, que puede ser considerado también como una especie de positivismo moral. El positivismo moral, empero, es mucho menos aceptable que el positivismo distanciado o analítico de Kelsen.⁷⁰

Todo esto muestra que el problema alternativo, tal como lo formuló Paulson, se refiere a mucho más que el problema de la reconstrucción lógica del paso de un “ser” a un “deber”. Corresponde, quizá, a la interrogante más profunda de la filosofía del derecho, la relación entre el derecho y la moral.

⁶⁴ Alexy, Robert, *The Argument...*, cit., pp. 102 y 127.

⁶⁵ Kelsen, Hans, “The Function of the Constitution”, en Tur, Richard & Twining, William (eds.), *Essays on Kelsen*, Oxford, Clarendon Press, 1986, p. 117; véase, también, Kelsen, Hans, *Pure Theory...*, cit., p. 195.

⁶⁶ Alexy, Robert, *The Argument...*, cit., pp. 113-116.

⁶⁷ Radbruch, Gustav, “Rechtsphilosophie”, en Kaufmann, Arthur (ed.), *Gustav Radbruch. Gesamtausgabe*, 3a. ed., Heidelberg, C. F. Müller, 1932, pp. 313 y 324; véase, también, p. 422. Con o sin comillas, el término es empleado en la página 324.

⁶⁸ *Ibidem*, pp. 314 y 422.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 314.

⁷⁰ Alexy, Robert, *The Argument...*, cit., p. 121.