

CAPÍTULO VII
LA TEORÍA DE KELSEN
DE LA NORMA FUNDAMENTAL

1. La explicación de la doctrina.....	158
2. La norma fundamental y la unidad de los sistemas jurídicos	164
3. Kelsen y las teorías del derecho natural	166
4. La norma fundamental y el estudio valorativamente libre del derecho	170
5. La tesis de Kelsen sobre la naturaleza de la normatividad del derecho	172
6. El “punto de vista” de un individuo.....	176
7. “El punto de vista jurídico”	179
8. Conclusión	183

CAPÍTULO VII

LA TEORÍA DE KELSEN DE LA NORMA FUNDAMENTAL*

De todas las diversas doctrinas de la filosofía jurídica de Kelsen, su teoría de la norma fundamental es la que ha captado la mayor atención y ha capturado la imaginación. Esta teoría ha adquirido entusiastas devotos así como reafirmados oponentes. Admiradores y críticos deben mucho a la oscura forma en la cual Kelsen explica su teoría. La oscuridad ha sido criticada y ha llevado a las personas a sospechar que la teoría, en su totalidad es un mito; pero, también, proporciona admiradores quienes, aprovechándose de las ambigüedades, escapan fácilmente a la crítica.

En las páginas que siguen se hará otro intento por desmitificar la teoría. Se dará una explicación del concepto de la norma fundamental como el intento de Kelsen por proporcionar una respuesta a algunos bien conocidos problemas de la teoría del derecho. Más adelante se afirmará que el intento no fue del todo exitoso, pero que su fracaso es esclarecedor. La teoría irradia claridad en los intrincados problemas que supone y en su posible solución.

La crítica seguirá a la exposición. Ésta, sin embargo, no puede ser fiel a todos los textos relevantes. Algunas ambigüedades e inclusive, contradicciones, no pueden ser erradicadas por interpretación, por más ingeniosa que ésta pueda ser. No queriendo exponer el desarrollo de la teoría o presentar una discusión exhaustiva de todos los textos, la estrategia que adoptaré será siempre, preferir las más interesantes de dos interpretaciones en conflicto y pasar por alto el resto. La teoría será examinada en relación con los problemas que estaba destinada a resolver. Esta teoría se mantiene o cae según el éxito que tenga en el tratamiento de estos problemas. Kelsen considera el concepto de norma fundamental esencial para la explicación de todos los sistemas normativos, mo-

* Publicado con anterioridad en *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 19, 1974, pp. 94-111.

rales como jurídicos. Únicamente el uso del concepto en la teoría jurídica será examinado aquí.

1. *La explicación de la doctrina*

De acuerdo con la doctrina de Kelsen es lógicamente necesario que en todo sistema jurídico exista una norma fundamental. Se puede decir que la norma fundamental existe puesto que Kelsen dice que ésta es válida,¹ y la validez es el modo de existencia de las normas.² Esto no significa que todas las normas fundamentales sean idénticas en contenido. En ningún caso dos normas fundamentales pueden tener el mismo contenido. Todas ellas son llamadas normas fundamentales no en razón de sus contenidos sino en virtud de que todas ellas comparten la misma estructura, la misma posición única cada una en su propio sistema, en razón de que todas ellas realizan las mismas funciones.

Kelsen postula la existencia de las normas fundamentales porque las considera necesarias para la explicación de la unidad y normatividad de los sistemas jurídicos. El sistema jurídico no es una casual colección de normas; es un sistema porque sus normas, como quiera que sea, conjuntamente le pertenecen. Éstas están interrelacionadas de forma especial. Kelsen acepta dos proposiciones las cuales considera bastante autoevidentes como para requerir de una justificación detallada. Dichas proposiciones pueden ser tenidas como axiomas de su teoría. El primero dice que dos disposiciones jurídicas, una de las cuales autoriza, directa o indirectamente, la creación de la otra, pertenecen necesariamente, al mismo sistema jurídico.³ Por ejemplo, una disposición jurídica penal le-

¹ Por ejemplo, *cfr. General Theory of Law and State*, New York, Russell and Russell, 1961 (reimpresión de la versión Harvard University Press, 1945), p. 111. (Existe traducción al español de Eduardo García Máynez, *Teoría General del derecho y del Estado*, México, UNAM, 1969, *cfr.* p. 129); *The Pure Theory of Law*, Berkeley, University of California Press, 1970 (versión inglesa de la *Reine Rechtslehre*, 2. vollständing neu berbeitete und erwelte Auflage, Viena, Verlag Franz Deuticke, 1960, *cfr.* p. 194. (Existe traducción al español de Roberto J. Vernengo, *Teoría Pura del Derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1979 *cfr.* pp. 201-202).

² *Cfr. General Theory of Law and State*, *cit.*, p. 30 (*Teoría General del derecho y del Estado*, *cit.*, p. 35); *What is Justice?*, Berkeley, University of California Press, pp. 214 y 267.

³ Una disposición jurídica autoriza indirectamente la creación de otra, si y sólo

gislada por el parlamento y una disposición constitucional que autoriza al parlamento a legislar disposiciones penales, pertenecen a un mismo sistema jurídico, justamente porque una de ellas autoriza la creación de la otra. El segundo axioma dice que todas las disposiciones de un sistema jurídico están autorizadas directa o indirectamente por una disposición jurídica.

Del segundo axioma se sigue que dos disposiciones jurídicas en que ninguna de las cuales autorice la creación de la otra, no pertenecen al mismo sistema si no existe una disposición jurídica que autorice la creación de ambas. Del primer axioma se sigue que si una disposición jurídica autoriza la creación de otra, o si ambas son autorizadas por una tercera, entonces ambas pertenecen al mismo sistema jurídico.

De esta manera los dos axiomas proporcionan un criterio para la identidad de los sistemas jurídicos y hacen posible determinar, con respecto a cualquier disposición jurídica, si ésta pertenece o no a un cierto sistema jurídico.⁴

Asumiendo, como creo que se debe asumir, que Kelsen trata de dilucidar el concepto común de sistema jurídico y que no está simplemente usando el término para introducir un concepto completamente diferente, el segundo axioma parece frente a este concepto una generalización empírica. Para verificar su verdad tienen que examinarse todos los sistemas jurídicos y encontrar si existe en cada uno una disposición jurídica que autorice la creación del resto. ¿Existe, por ejemplo, una disposición jurídica en la Gran Bretaña que autorice tanto el derecho creado por vía parlamentaria como el derecho conocido como *common law*? Este problema se encuentra implícitamente reconocido por Kelsen en el siguiente párrafo:

Si un orden jurídico tiene una constitución escrita la cual no instituye a la costumbre como una forma de creación del derecho y si, el orden jurídico sin embargo, contiene derecho consuetudinario además del derecho legislado, entonces, además de las normas de la constitución escrita, tienen que existir normas no escritas de la constitu-

si, hay una tercera disposición jurídica autorizada, directa o indirectamente, por la primera y que autorice la segunda.

⁴ Sobre el criterio kelseniano de identidad de los sistemas jurídicos, véase: *General Theory of Law and State*, cit., p. 111 (*Teoría general del derecho y del Estado*, cit. p. 129); *The Pure Theory of Law*, cit., p. 195 (*Teoría Pura del Derecho*, cit., pp. 202-203).

ción: una norma creada consuetudinariamente de conformidad con la cual las normas generales que obligan a los órganos aplicadores del derecho pueden ser creadas por costumbres.⁵

En tal sistema jurídico no habrá ninguna disposición jurídica positiva que autorice todo el resto. Algunas disposiciones jurídicas serán autorizadas por la constitución consuetudinaria, mientras que otras serán autorizadas por la constitución legislada y no existirá disposición jurídica positiva que autorice ambos derechos constitucionales. Kelsen, por tanto, está consciente de que su segundo axioma, como una generalización empírica, es falso. Kelsen supera este problema postulando que existe en cada sistema una disposición jurídica no positiva —una disposición jurídica que autoriza todas las disposiciones constitucionales fundamentales y cuya existencia no depende de la acción casual de ningún órgano creador de derecho, sino que es una necesidad lógica—. Estas disposiciones jurídicas son las normas fundamentales de los sistemas jurídicos y su existencia es necesaria para la verdad del segundo axioma; lo convierten en una verdad lógica. Puesto que el criterio kelseniano de la identidad de los sistemas jurídicos depende de la verdad del segundo axioma, depende también de la teoría de la norma fundamental.

Esta es una línea de argumentación que Kelsen implícitamente usa para probar la existencia necesaria de una norma fundamental en cada sistema jurídico. Kelsen tiene un argumento diferente e independiente que emplea para alcanzar la misma conclusión. Este argumento se propone mostrar que únicamente la norma fundamental puede explicar la normatividad del derecho.

Todas las disposiciones jurídicas son creadas por actos humanos, pero los actos humanos son hechos y pertenecen al reino del 'ser', mientras que las disposiciones jurídicas son normas y pertenecen al reino del 'deber ser'. Otra incontestable creencia de Kelsen es la de que existe un abismo infranqueable entre el 'ser' y el 'deber ser'; que las normas no pueden derivar su existencia de hechos. Esto puede ser considerado como tercer axioma de su teoría. Kelsen dice: "nadie puede afirmar que del enunciado de que algo es, se sigue un enunciado de que algo debe ser".⁶ Por tanto, Kelsen

⁵ *General Theory of Law and State*, cit., p. 126 (*Teoría general del derecho y del Estado*, cit., p. 149).

⁶ *Reine Rechtslehre*, cit., p. 5 (*Cfr. The Pure Theory of Law*, cit. p. 6; *Teoría*

concluye: "...la validez positiva de una norma... no se sigue del acto fáctico, es decir, del *ser*, sino de una norma que autoriza este acto, es decir de un *deber ser*..."⁷

El principio de dicotomía, del abismo infranqueable entre el 'deber ser' y el 'ser', implica el principio de la autonomía de las normas. Las normas existen sólo si son autorizadas o están implicadas por otras normas. En el derecho, la autonomía de las normas jurídicas está asegurada por el hecho de que todas ellas constituyen eslabones de lo que puede ser llamado cadena de validez. El término no es usado por Kelsen, pero la idea es esencial a su filosofía. Kelsen lo explica de la manera siguiente:

A la pregunta de por qué esta norma individual es válida como parte de un determinado orden jurídico, la respuesta es: porque ha sido creada de conformidad con una ley penal. Esta ley, finalmente, recibe su validez de la constitución, puesto que ha sido establecida por el órgano competente en la forma que la constitución prescribe. Si nos preguntamos por qué es válida la constitución, quizá caigamos en una anterior constitución. En última instancia alcanzamos alguna constitución que es históricamente la primera y que fue establecida por un usurpador o por algún tipo de asamblea... Se postula que uno debe comportarse como el individuo o los individuos que establecieron la constitución lo han ordenado. Esta es la norma fundamental del orden jurídico en consideración.⁸

De esta manera, aunque cada disposición jurídica es creada por actos humanos, éstas derivan su validez no del acto sino de otra disposición jurídica que autoriza su creación. En última instancia,

pura del derecho, cit., pp. 19-20). En el original de esta obra Joseph Raz transcribe de la versión inglesa citada. En virtud de que esta versión no es siempre recomendable, hemos preferido, cuando haya transcripciones de este género, citar directamente la versión alemana, N.T.

⁷ *Reine Rechtslehre*, cit., pp. 8-9 (Cfr. *The Pure Theory of Law*, cit., pp. 8-9 [por error el autor se refiere a las páginas 7-8. N.T.]). Este principio es frecuentemente repetido por Kelsen, véase, por ejemplo: *Value Judgement in What is Justice?*, cit., p. 218.

⁸ *General Theory of Law and State*, cit., p. 115 (*Teoría general del derecho y del Estado*, cit., p. 135). Cfr. *The Pure Theory of Law*, cit., p. 199 y ss. (*Teoría Pura del Derecho*, cit., pp. 206 y ss.). Sobre el concepto de Kelsen de cadenas de validez véase, Raz, J., *The Concept of a Legal System*, Oxford, Oxford University Press, 1980, pp. 97-99. [Sobre estos aspectos de la teoría de Raz véase: Tamayo y Salmorán, R., "La teoría de J. Raz sobre los sistemas jurídicos", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XIV, núm. 42, pp. 1147-1195. N.T.]. Dos cadenas de validez vinculadas por un eslabón común son consideradas como parte de una cadena.

todas las disposiciones jurídicas positivas deben su validez a una disposición jurídica no positiva, una disposición jurídica que no es creada por actos humanos. Únicamente una disposición jurídica no positiva puede ser la disposición jurídica última de un sistema jurídico; únicamente ésta no presupone ninguna otra norma de la cual derive su normatividad. Esta disposición jurídica no positiva es la norma fundamental.

La idea de cadena de validez es central para la solución que da Kelsen a los problemas de normatividad y unidad del sistema jurídico. Dos disposiciones jurídicas pertenecen a una misma cadena de validez si una autoriza la otra o si existe una tercera que autorice a ambas. La unidad del sistema jurídico consiste en el hecho de que todas sus disposiciones jurídicas de una cadena de validez son parte del mismo sistema. La normatividad de las disposiciones jurídicas se encuentra asegurada por el hecho de que cada una de las disposiciones jurídicas de una cadena deriva su validez de otra que le precede. La norma fundamental es esencial para la solución de ambos problemas: proporciona el punto de partida no fáctico, esencial para la explicación de la normatividad y garantiza que todas las disposiciones jurídicas de un sistema pertenezcan a la misma cadena de validez.

Las funciones asignadas a la norma fundamental explican su contenido y su *status* especial. Tiene que ser una norma no positiva. Las normas fundamentales no son legisladas ni son creadas de ninguna otra forma. Es presupuesta por la conciencia jurídica, pero Kelsen aclara que al presuponerse no se crea.⁹ Tampoco es creada por los actos que establecen otras disposiciones jurídicas,¹⁰ o por el derecho,¹¹ como ciertos autores han supuesto. No tiene sentido preguntar respecto a cualquier norma fundamental cuándo ha sido creada, por quién o cómo. Estas categorías simplemente no se aplican a ella. Sin embargo se puede decir que las normas fundamentales existen puesto que son válidas y, no obstante su

⁹ Cfr. *The Pure Theory of Law*, cit., p. 214 (*Teoría Pura del Derecho*, cit., pp. 211-213 [el autor de la versión española utiliza la expresión 'norma fundante básica' para traducir 'Grundnorm' en vez de la forma canónica de 'norma fundamental', N.T.]).

¹⁰ Cfr. *Theorie pure du droit*, París, Dalloz (versión francesa de Charles Eisenmann de la 2a. ed. de la *Reine Rechtslehre*, cit., 1962, p. 271). (Es el texto de una nota que empieza en la página 270). (Cfr. *Reine Rechtslehre*, cit., pp. 207-208.)

¹¹ Cfr. *The Pure Theory of Law*, cit., p. 218, n. 83 (*Teoría Pura del Derecho*, cit., p. 229, n. 134).

carácter único, son parte del derecho toda vez que realizan funciones jurídicamente relevantes.¹²

A ellas corresponde explicar la normatividad y unidad de un sistema jurídico, las normas fundamentales tienen que autorizar la creación de las disposiciones jurídicas de los diferentes sistemas jurídicos. De esta manera las funciones de la norma fundamental dan cuenta de su estructura. Es una norma que autoriza; "califica un cierto evento como el evento inicial en la creación de varias normas jurídicas. Es el punto de partida de un proceso de creación normativo".¹³ "La norma fundamental de cualquier orden jurídico positivo confiere autoridad jurídica a los hechos por los cuales un orden es creado y aplicado únicamente si éste es, en su totalidad, eficaz".¹⁴ La norma fundamental es una disposición jurídica que confiere facultades. Kelsen, sin embargo, las formula como una disposición que impone deberes: "... la norma fundamental... tiene que ser formulada como sigue: los actos coactivos deben ser realizados bajo las condiciones y en la forma en que la primera constitución histórica y las normas creadas de conformidad con ella prescriben. (En breve: uno debe comportarse como la constitución prescribe)".¹⁵ Siempre es posible describir toda disposición jurídica que confiere facultades legislativas, diciendo que ésta impone el deber de obedecer las disposiciones jurídicas creadas por el órgano autorizado.¹⁶ Esta posibilidad no debe obscurecer la naturaleza de la disposición jurídica como disposición que otorga facultades. La norma básica, por tanto, será considerada como confiriendo poderes legislativos a los autores de la primera constitución.

La formulación dada por Kelsen en el pasaje citado no es el de una norma fundamental particular de algún sistema jurídico. Dicha formulación meramente exhibe la estructura común de toda norma fundamental. El contenido de las normas fundamentales

¹² Kelsen, H., "Professor Stone and The Pure Theory of Law", *Stanford Law Review*, 17. vol. 2, 1965, pp. 1128 y 1141.

¹³ *General Theory of Law and State*, cit., p. 114 (*Teoría general del derecho y del Estado*, cit., p. 134).

¹⁴ *General Theory of Law and State*, cit., p. 120 (*Teoría general del derecho y del Estado*, cit., p. 141).

¹⁵ *Reine Rechtslehre*, cit., pp. 203-204 (El autor transcribe de *The Pure Theory of Law*, cit., pp. 200-201; Cfr. *Teoría Pura del Derecho*, cit., p. 298).

¹⁶ Sobre el particular, véase: J. Raz, *The concept of a Legal System*, cit., p. 21, 23 y 166 (véase Tamayo y Salmorán, R. *La Teoría de J. Raz sobre los sistemas jurídicos*, cit., pp. 1147-1195).

varía de acuerdo con los hechos de los sistemas a los cuales pertenece. Kelsen explica que el contenido de una norma fundamental "está determinada por los hechos, a través de los cuales, un orden es creado y aplicado".¹⁷

2. *La norma fundamental y la unidad de los sistemas jurídicos*

La doctrina de Kelsen sobre la unidad de los sistemas jurídicos fracasa por dos razones independientes. Como ya las he discutido de forma más bien extensa en otro lugar,¹⁸ la explicación que sigue será breve. La doctrina de Kelsen depende de los primeros dos axiomas explicados anteriormente. No es difícil observar que ambos axiomas tienen que ser rechazados.

El primer axioma establece que todas las disposiciones jurídicas que pertenezcan a una misma cadena de validez son parte de uno y el mismo sistema jurídico. Si este axioma fuera correcto, ciertas formas de otorgamiento pacífico de independencia a nuevos estados devendría imposible. Supóngase que el país *A* tiene una colonia *B* y que ambos países se encuentran gobernados por el mismo sistema jurídico. Supongamos además que *A* ha otorgado la independencia a *B* mediante una disposición jurídica que confiere a una asamblea representativa electa por los habitantes de *B* poderes legislativos, exclusivos e ilimitados, sobre *B*. Finalmente supongamos que esta asamblea representativa ha adoptado una constitución que es, en general, reconocida por los habitantes de *B* y de conformidad con la cual se realizaron elecciones y ulteriores disposiciones jurídicas fueron creadas. El gobierno, los tribunales y la población de *B* se consideran como un Estado independiente con un sistema jurídico independiente. Son reconocidos por todas las naciones, incluyendo a *A*. Los tribunales de *A* consideran la constitución y demás disposiciones jurídicas de *B* como un sistema jurídico separado, distinto del suyo propio. No obstante todos estos hechos, del primer axioma de Kelsen se siguen que la constitución, y demás disposiciones jurídicas de *B*, son parte del sistema jurídico de *A*. Puesto que la constitución de *B* y, consecuentemente, todas las disposiciones jurídicas creadas en base a ella,

¹⁷ *General Theory of Law and State*, cit., p. 120 (*Teoría general del derecho y del Estado*, cit., p. 141).

¹⁸ Cfr. Raz, J., *The concept of a Legal System*, cit., pp. 100-109.

fueron autorizadas por la disposición de *A* que otorga la independencia y, por tanto, pertenecen a la misma cadena de validez y al mismo sistema.

El error de Kelsen se encuentra en pasar por alto los hechos y considerar únicamente el contenido de las disposiciones jurídicas. Para su teoría el único dato importante es que el sistema jurídico de *A* contiene una disposición jurídica que autoriza todas las disposiciones jurídicas de *B*. Que los tribunales y población de *B* no consideren tal disposición jurídica como parte de su propio sistema jurídico es irrelevante. Sin embargo, la actitud de la población y de los tribunales es de la mayor importancia para decidir la identidad y unidad de un sistema jurídico en el sentido en el que este concepto es comúnmente usado.¹⁹

Tal crítica no afecta directamente la teoría de Kelsen de la norma fundamental. Sin embargo, si la doctrina de la unidad del sistema jurídico es rechazada, una de las razones para aceptar la teoría de la norma fundamental, desaparece. La teoría de Kelsen de la unidad e identidad de los sistemas jurídicos está viciada por una segunda falla la cual directamente afecta el papel de la norma fundamental.

El segundo axioma del que depende su teoría de la identidad y unidad de los sistemas jurídicos establece que todas las disposiciones jurídicas de un sistema jurídico pertenecen a una cadena de validez. Al discutir este axioma vimos que Kelsen admite, al menos por implicación, que, excepción hecha de la norma fundamental, todas las posiciones jurídicas positivas de un sistema pueden pertenecer a más de una cadena de validez. Algunas pueden deber su validez a una constitución consuetudinaria mientras otras derivan su validez de una constitución legislada. Es únicamente la norma fundamental la que en tal caso une en una sola cadena de validez al autorizar ambas constituciones.²⁰

Un observador entendido en derecho, llegado a tal país y pre-

¹⁹ El mismo argumento es hecho por Hart, H. L. A., "Kelsen's Doctrine of the unity of Law", en *The Social Justice*, vol. 4, of *Contemporary Philosophic Thought*, State University of New York Press, 1970, pp. (existe versión española de Tamayo y Salmerán, R.: "La teoría de Kelsen sobre la unidad del derecho" en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año VII, núm. 21, septiembre-diciembre de 1974, pp. 105-140).

²⁰ Debe observarse que la norma fundamental en tales casos se dice que autoriza varias normas constitucionales creadas por diversos actos creadores de normas. No es claro en qué sentido una norma fundamental que realiza esto es, en sí misma, una norma más que una conjunción de diversas normas.

guntando si la constitución legislada y la consuetudinaria pertenecen al mismo sistema jurídico será enviado, por un kelseniano, a la norma fundamental. Se le dirá que todo depende de si existe o no una norma fundamental que autorice ambas constituciones o si cada constitución se encuentra autorizada por una norma fundamental diferente. Habiéndosele dicho, en contestación a posteriores preguntas, que para conocer el contenido de la norma fundamental debe encontrar "los hechos a través de los cuales un orden es creado y aplicado",²¹ puesto que son éstos los que lo determinan, puede perfectamente ser conducido a la desesperación. Parece que únicamente puede identificar el sistema jurídico con la ayuda de la norma fundamental, en tanto que ésta sólo puede ser identificada después de que la identidad del sistema jurídico haya sido establecida. Aún si nuestro diligente observador logra establecer que, al menos, dos conjuntos de normas son eficaces en la sociedad: uno, el conjunto de normas consuetudinarias, el otro, el de normas legisladas, no habrá nada que un kelseniano pueda decir para ayudarle a decidir si éstos forman o no un solo sistema. No existe nada en la teoría que impida a dos sistemas jurídicos aplicarse en un mismo territorio. Todo depende en la posibilidad de identificar la norma fundamental; sin embargo ésta no puede ser identificada antes de que la identidad del sistema jurídico sea conocida. Consecuentemente, la norma fundamental no puede resolver el problema de la identidad y unidad de los sistemas jurídicos y Kelsen no tiene otra solución.

3. *Kelsen y las teorías del derecho natural*

Si la crítica anterior es correcta, la cuestión de la norma fundamental tiene que depender de su función en la explicación de la normatividad del derecho. De este problema se ocupa el resto del capítulo.

El papel de la norma fundamental en la explicación de la normatividad del derecho se encuentra íntimamente relacionada, y en verdad la explicación de Kelsen de la normatividad lo está, con su crítica a las teorías del derecho natural. Kelsen concibe su teoría como una alternativa, la sola posible, al derecho natural.

²¹ *General Theory of Law and State*, cit., p. 120 (*Teoría general del derecho y del Estado*, cit., p. 141).

Inclusive, Kelsen se refiere a su norma fundamental como un derecho natural.²² Éste no es el lugar para examinar en detalle la crítica de Kelsen a las teorías del derecho natural, pero ciertas observaciones a las ideas claves son esenciales para el entendimiento de su teoría de la norma fundamental.

Según refiere Kelsen, las teorías del derecho natural pretenden que existe un conjunto de normas susceptibles de ser descubiertas por la razón, las cuales gozan de validez absoluta y objetiva. Tales normas son absoluta y objetivamente justas y buenas. El derecho positivo, en tanto válido, deriva su validez del derecho natural. Es válido siempre que el derecho natural lo declare justo y bueno. Las leyes, las decisiones judiciales, etcétera que son contrarias al derecho natural no son válidas y, por tanto, no son, en ningún sentido, disposiciones jurídicas. Kelsen correctamente señala que de acuerdo con las teorías del derecho natural no existe una noción específica de validez jurídica. El único concepto de validez es el de validez de acuerdo al derecho natural, *i.e.* validez moral. Los iusnaturalistas únicamente pueden juzgar una disposición jurídica como moralmente válida, esto es, justa, o moralmente inválida, *i.e.* injusta. No pueden decir de una disposición jurídica que ésta es jurídicamente válida, pero moralmente incorrecta. Si es incorrecta e injusta es, también, inválida, en el único sentido de validez que ellos reconocen.²³

Kelsen ofrece cuatro razones principales para rechazar todas las teorías del derecho natural. Dichas teorías están cargadas de objetable metafísica, son conceptualmente confusas, descansan en una ilusión moral y son acientíficas.

i) Las teorías del derecho natural presuponen el dualismo metafísico que ha embrujado el mundo occidental desde Platón.²⁴

²² "Si uno quiere considerar [la norma fundamental] como elemento de una doctrina de derecho natural... a pocas objeciones podría dar lugar... lo que está implicado es simplemente el mínimo... del derecho natural sin el cual un conocimiento del derecho es imposible" (*General Theory of Law and State*, Appendix: Natural Law doctrine and Legal Positivism, *cit.*, p. 437. Este apéndice no se encuentra en la versión española. N.T.A)

²³ *What is Justice? cit.*, pp. 144, 257 y ss. 295.

²⁴ *Cfr. General Theory of Law and State*, Appendix: Natural Law Doctrine and Legal Positivism, *cit.*, pp. 419-433; *What is Justice? cit.*, pp. 198 y ss. Kelsen no desecha la posibilidad de considerar a las disposiciones jurídicas como entidades abstractas siempre que se les dé una interpretación adecuada que las relacione con la conducta humana. Tal doctrina no tiene las implicaciones metafísicas del platonismo.

Presuponen una realidad ideal de disposiciones jurídicas absolutamente justas y buenas que gozan de alguna forma de existencia objetiva, independiente de los actos o voliciones humanas. Esta realidad ideal contrasta con la realidad social imperfecta de las leyes, regulaciones y decisiones creadas por el hombre. Esta última es imperfecta y menos real que la primera y cualquier realidad que posea se debe a la realidad ideal. Únicamente imitando las disposiciones jurídicas ideales las disposiciones jurídicas humanas adquieren efectivamente validez. Kelsen es muy opuesto a este tipo de metafísica y la rechaza en favor de la filosofía crítica de Kant, de sabor antimetafísico. Al rechazar este dualismo metafísico priva a las teorías del derecho natural de su fundamentación metafísica.

ii) Las teorías del derecho natural son conceptualmente confusas. Existen dos variantes: una secular y otra religiosa. Las teorías seculares consideran las disposiciones jurídicas naturales como racionalmente obligatorias y autoevidentes en sí. Las teorías religiosas las consideran como mandatos de Dios revelados al hombre a través de especulación racional acerca de la naturaleza.²⁵ Ambas variantes cometen la falacia naturalista de derivar un 'ser' de un 'deber ser'. Cualquier cosa natural sólo puede ser un hecho, los mandatos de Dios son también hechos, aun sean divinos, y de los hechos ninguna norma es implicada. Para evitar la falacia naturalista ambos tipos de teorías del derecho natural, se tiene que suponer, postulan una norma fundamental que inviste los hechos de un carácter normativo.²⁶ La norma fundamental secular es que la naturaleza sea obedecida; la norma fundamental religiosa, dicta que Dios sea obedecido.²⁷ Las normas fundamentales tienen que ser consideradas autoevidentes. No pueden derivar de ninguna otra norma, sin embargo se dice que son objetivamente válidas y obligatorias. De esta forma Kelsen intenta rectificar las confusiones cometidas por autores del derecho natural.

iii) "La doctrina es una ilusión típica debida a una objetivación de intereses subjetivos."²⁸ En el análisis de Kelsen la preten-

²⁵ Para una explicación de los dos tipos de teorías del derecho natural, véase, por ejemplo, Kelsen, H., *What is Justice? cit.*, pp. 285 y ss.

²⁶ Cfr. *What is Justice? cit.*, p. 141.

²⁷ Cfr. *What is Justice? cit.*, pp. 258, 260 y ss.

²⁸ *What is Justice? cit.*, p. 228.

sión de validez objetiva del derecho natural descansa en la presuposición de que sus normas fundamentales son autoevidentes. Kelsen rechaza todas esas pretensiones por ser ilusiones. Kelsen es un relativista moral.²⁹ Ninguna postura moral puede ser objetivamente probada y defendida. No existen creencias morales intuitivamente verdaderas.³⁰ Las opiniones morales son cuestiones de preferencias personales. Pretendiendo validez objetiva los iusnaturalistas crean ilusiones y las usan para diferentes propósitos ideológicos. Muy frecuentemente la ilusión del derecho natural ha sido usada por optimistas conservadores para justificar las instituciones jurídicas existentes. Ocasionalmente la misma ilusión ha sido convertida en herramienta para promover la reforma o la revolución.³¹

El relativismo de Kelsen no clausura la posibilidad o necesidad de evaluar el derecho mediante estándares morales. Simplemente insiste en que cada evaluación es válida únicamente en relación a la norma moral particular usada, la que, en sí misma, no tiene validez objetiva. Consecuentemente, la crítica o justificación moral del derecho es una cuestión de juicio personal o político. No es una cuestión científica objetiva y no concierne a la ciencia del derecho.³²

iv) Al condenar las teorías del derecho natural como acientíficas, Kelsen quiere decir que no pueden ser objetivamente verificadas. Por tanto, el deseo de Kelsen de construir una teoría científica del derecho lo conduce a renunciar a la moralidad del derecho como un objeto de la teoría. "El problema del derecho como un problema científico es el problema de una técnica social, no un problema de moral."³³ La teoría jurídica se ocupa, y debe ocuparse, de un tipo especial de técnica social para controlar el comportamiento humano. Las teorías del derecho natural al distinguir entre leyes justas que son derecho y leyes injustas que no lo son, oscurecen la cuestión. Puesto que por ello, excluyen

²⁹ Cfr. *What is Justice?* cit., pp. 141, 179 y ss., 228 y ss., 259 y 295; *The Pure Theory of Law*, cit., pp. 63-65 [en el original el autor sólo cita la p. 64 N.T.] (Cfr. *Teoría pura del derecho*, cit., pp. 76-78).

³⁰ Cfr. *The Pure Theory of Law*, cit., p. 221 (Cfr. *Teoría pura del derecho*, cit., p. 232).

³¹ Cfr. *What is Justice?* cit., p. 297.

³² Cfr. *What is Justice?* cit., pp. 295 y 302; *General Theory of Law and State* (Appendix: *Natural Law and Legal Positivism*), cit., p. 436; *The Pure Theory of Law*, cit., pp. 68-69 (Cfr. *Teoría pura del derecho*, cit., pp. 81-82).

³³ *General Theory of Law and State*, cit., p. 5 (Cfr. *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., p. 6).

a algunos sistemas normativos de ser clasificados como jurídicos aun cuando éstos sean casos que hagan uso de la misma técnica social.

4. *La norma fundamental y el estudio valorativamente libre del derecho*

Para realizar su tarea la teoría jurídica tiene que ser valorativamente libre. Consecuentemente, su explicación de la normatividad del derecho tiene que ser independiente del valor moral del derecho. ¿Cómo ha de explicarse la noción de validez jurídica y normatividad? Kelsen recurre al marco conceptual de la filosofía crítica kantiana. Kant mismo adoptó una versión de la teoría del derecho natural sólo porque no se mantuvo leal a sus propias premisas.³⁴

Un concepto jurídico de validez y normatividad es hecho posible sólo a través del concepto de norma fundamental:

Interpretar tales actos de seres humanos como actos jurídicos y sus productos, como normas obligatorias, lo que significa interpretar como derecho el material empírico que se presenta como tal, es posible únicamente a condición de que la norma fundamental sea presupuesta como una norma válida. La norma fundamental es sólo el supuesto necesario de cualquier interpretación positivista del material jurídico.³⁵

La norma fundamental es necesariamente presupuesta cuando las personas consideran el derecho como normativo con independencia de su valor moral:

...la norma fundamental, tal y como se representa por la ciencia del derecho, puede ser caracterizada como la condición lógico-trascendental de esta interpretación, si se permite usar por analogía, un concepto de la epistemología kantiana. Kant se pregunta: '¿Cómo es posible interpretar en leyes de la naturaleza, formuladas por la ciencia natural, los hechos percibidos por nuestros sentidos, sin una

³⁴ Cfr. *General Theory of Law and State* (Appendix: *The Natural Law and the Legal Positivism*), cit., p. 444. La interpretación que hace Kelsen de Kant puede ser discutible, pero no hay necesidad de ocuparnos de ella aquí.

³⁵ *General Theory of Law and State*, cit., p. 116 (Cfr. *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., p. 137).

hipótesis metafísica?' En el mismo sentido, la teoría pura del derecho se pregunta: '¿Cómo es posible interpretar, sin recurrir a autoridades metajurídicas como Dios o la naturaleza, el sentido subjetivo de ciertos actos como un sistema de normas jurídicas objetivamente válidas?...'. La respuesta epistemológica de la teoría pura del derecho es presuponiendo la norma fundamental de que uno debe comportarse como la constitución prescribe... La función de esta norma fundamental es fundamentar la validez objetiva de un orden jurídico positivo.³⁶

El concepto de norma fundamental proporciona a la teoría jurídica un concepto objetivo y valorativamente libre de normatividad jurídica. "La presuposición de la norma fundamental no aprueba ningún valor que trascienda el derecho positivo..." "no realiza una función ética política sino una función epistemológica".³⁷

Al no realizar una función moral o política la norma fundamental es objetiva:

A las normas del derecho positivo les corresponde una cierta realidad social, pero no así a las normas de justicia... Los juicios jurídicos de valor son juicios que pueden ser verificados objetivamente por hechos. Por tanto, son admisibles dentro de una ciencia del derecho.³⁸

La norma fundamental, por tanto, no es producto de una libre invención. No es presupuesta arbitrariamente en el sentido de que exista una opción entre diferentes normas básicas cuando el sentido subjetivo de un acto de creación constitucional y los actos creados de conformidad a esta constitución son interpretados como su sentido objetivo.³⁹

Con la ayuda del concepto de norma fundamental Kelsen afirma que ha establecido una teoría jurídica valorativamente libre usando un concepto específicamente jurídico de normatividad:

Postular que es necesario distinguir el derecho de la moral y la cien-

³⁶ *Reine Rechtslehre*, cit., p. 205 ([en el original el autor transcribe de *The Pure Theory of Law*, cit., p. 202] Cfr. *Teoría pura del derecho*, cit., p. 209).

³⁷ *Reine Rechtslehre*, cit., pp. 204 y 224-225 [en el original el autor transcribe de *The Pure Theory of Law*, cit., pp. 201 y 218] (Cfr., *Teoría pura del derecho*, cit., pp. 209 y 229).

³⁸ *What is Justice?* cit., p. 227.

³⁹ *Reine Rechtslehre*, cit., p. 204 [en el original el autor transcribe de *The Pure Theory of Law*, cit., p. 201] (Cfr. *Teoría pura del derecho*, cit., p. 209).

cia del derecho de la ética, significa que desde el punto de vista de un conocimiento científico del derecho positivo, su justificación por un orden moral distinto del derecho positivo es irrelevante, la ciencia del derecho no tiene que aprobar ni que desaprobear su objeto, sino, únicamente, conocerlo y describirlo...

Postular que es necesario distinguir el derecho de la moral, la ciencia del derecho de la ética, significa que la validez de las normas jurídicas positivas no depende de su conformidad al orden moral, que, desde el punto de vista de un conocimiento del derecho positivo, una norma jurídica puede ser considerada válida aun cuando contradiga el orden moral.⁴⁰

5. *La tesis de Kelsen sobre la naturaleza de la normatividad del derecho*

Hasta aquí se ha señalado que Kelsen considera el concepto de norma fundamental como necesario para el entendimiento del derecho en tanto sistema normativo y de que Kelsen piensa que únicamente mediante el uso de este concepto la teoría jurídica puede ser valorativamente libre y objetiva y evitar los disparates de las teorías del derecho natural. Nada ha sido dicho hasta ahora acerca de la naturaleza de la normatividad que, en virtud de la norma fundamental, resulta para el derecho. Éste es el problema que tenemos ahora que abordar.

Dos concepciones de la normatividad del derecho son comunes. Voy a llamarlas normatividad justificada y normatividad social. De acuerdo con el primer punto de vista, los estándares jurídicos de comportamiento son normas sólo si, y en tanto que, están justificados. Pueden ser justificados por algunas razones objetivas y universalmente válidas. Pueden ser intuitivamente percibidos como obligatorios o pueden ser aceptados como justificados por compromisos personales. Desde el otro punto de vista, los estándares de comportamiento pueden ser considerados como normas, independientemente de su mérito (moral). Son normas sociales toda vez que están socialmente apoyadas como estándares obligatorios y en tanto que la sociedad respectiva ejerce presión, sobre las personas a las cuales los estándares se aplican, para que se conformen a ellos. Los teóricos del derecho natural característica-

⁴⁰ *Reine Rechtslehre*, cit., p. 70 [en el original el autor transcribe de *The Pure Theory of Law*, cit., p. 68] (Cfr. *Teoría pura del derecho*, cit., p. 81).

mente apoyan la primera concepción; los positivistas, usualmente sostienen la segunda. La más lograda explicación de la normatividad del derecho en términos del concepto de normatividad social es el análisis de Hart que se encuentra en *The concept of Law*. Los teóricos que usan el concepto de normatividad justificada afirman que un sistema jurídico puede ser considerado normativo, únicamente por las personas que lo consideran justo y respaldan sus normas como parte de sus propias concepciones morales. Los teóricos que usan los conceptos de normatividad social mantienen que todo mundo debe considerar los sistemas jurídicos como normativos con independencia de sus juicios acerca de sus méritos (morales).

Mucho de la obscuridad de la teoría de Kelsen se origina en la dificultad en decidir cuál concepto de normatividad usa. Puede afirmarse que:

(1) Kelsen usa únicamente el concepto de normatividad justificada.

(3) La teoría jurídica considera dos sistemas jurídicos como sistema jurídico como normativo sólo si lo respalda como moralmente justo y bueno.

(3) La teoría jurídica considera dos sistemas jurídicos como normativos en el mismo sentido de 'normativo', pero en un diferente sentido de 'considerar', lo que no compromete a aceptar las disposiciones como justas.

Permítasenos considerar el primer enunciado. Muy frecuentemente Kelsen considera un concepto de normatividad social sólo para rechazarlo como no constituyendo realmente un concepto de normatividad o no siendo en absoluto apropiado para la teoría jurídica. De esta manera Kelsen distingue entre un 'deber ser' subjetivo y un 'deber ser' objetivo,⁴¹ afirmando que las normas jurídicas son normas objetivas explicadas por el concepto de un 'deber ser' objetivo. Su 'deber ser' subjetivo es una variante de

⁴¹ Véase, por ejemplo, *The Pure Theory of Law*, cit., p. 7 (Cfr. *Teoría pura del derecho*, cit., p. 21). Aquí como en otros lados, cuando Kelsen examina y rechaza el concepto de normatividad social considera sólo gruesas (burdas) explicaciones de ella. La normatividad social no puede ser explicada en términos de mandatos eficaces.

la normatividad social. Vinculada a esta distinción se encuentra su comparación entre juicios de valor objetivos y subjetivos.

Los últimos son una explicación de un tipo de normatividad social y son, de acuerdo con Kelsen, más bien fácticos que normativos:

El valor constituido por una norma objetivamente válida tiene que ser distinguido del valor que consiste, no en la relación con una norma semejante, sino en la relación de un objeto con un deseo o voluntad de un individuo, o de varios individuos, referido a tal objeto. Según que el objeto se conforme a tal deseo o a tal voluntad, o que lo contrarie, tiene un valor positivo o un valor negativo,... Si se llama al juicio por el cual se establece una relación entre un objeto y una voluntad o a este deseo que se refiere a tal objeto, un juicio de valor,... este juicio de valor no difiere de un juicio de realidad, puesto que establece simplemente una relación entre dos hechos y en ningún sentido entre un hecho y una norma objetivamente válida... El valor que consiste en la relación entre un objeto, en particular una conducta humana, y el deseo o la voluntad que se refiere a él, sea de un individuo, sea de varios, puede denominarse valor subjetivo.⁴²

Describir disposiciones jurídicas como mandatos de un soberano es, en esta teoría, describirlas como 'deber ser' subjetivo. Si uno no presupone la norma fundamental, entonces los juicios sobre la licitud de una acción, entendidos como juicios acerca de su conformidad a los mandatos de un soberano, son meramente juicios de valor subjetivo. Kelsen reconoce que el derecho puede, consistentemente, ser interpretado de esta manera, sin embargo en este caso no es considerado normativo:

Que la norma fundamental de un orden jurídico positivo pueda ser presupuesta, pero no tenga que ser presupuesta, significa que las relaciones humanas relevantes pueden ser, pero no necesitan ser, interpretadas como normativas, es decir, como obligaciones, facultades, derechos subjetivos, competencias, etcétera, constituidos por normas objetivamente válidas... Pueden ser interpretados incondicionalmente, sin suponer la norma fundamental, como relaciones entre individuos que mandan e individuos que obedecen —esto es, pueden ser interpretadas sociológicamente, no jurídicamente.⁴³

⁴² *Reine Rechtslehre*, cit., p. 20 [en el original el autor transcribe de *The Pure Theory of Law*, cit., pp. 19-20] (Cfr. *Teoría pura del derecho*, cit., p. 33).

⁴³ *Reine Rechtslehre*, cit., p. 224 [en el original el autor cita de *The Pure Theory of Law*, cit., p. 218] (Cfr. *Teoría pura del derecho*, cit., p. 229).

Este es un pasaje clave. Kelsen afirma en efecto que el concepto de normatividad social no es un concepto normativo en absoluto. No permite la interpretación del derecho como imponiendo obligaciones, otorgando facultades o derechos, etcétera; hace al derecho indistinto de los mandatos de un grupo de bandidos que aterrorizan la población en cierta área.⁴⁴ Únicamente mediante el uso del concepto de normatividad justificada se puede entender el verdadero carácter de los sistemas jurídicos como sistemas normativos.

Puesto que Kelsen considera el concepto de normatividad justificada como el único concepto de normatividad, considera al derecho como una ideología. Toda vez que el derecho es normativo, *i.e.* justificado y bueno para todo aquel que lo considera normativo:

“Ésta es la razón por la que es posible sostener que la idea de una norma, un ‘deber ser’ es meramente ideológica... En este sentido el derecho puede ser considerado como la ideología específica de cierto poder históricamente dado.”⁴⁵

Se debe ser muy cuidadoso para distinguir entre los dos sentidos en los cuales Kelsen dice que las normas jurídicas son objetivas. En el primer sentido ellas son objetivas puesto que reflejan una realidad social, *i.e.* porque son normativas en el sentido de normatividad social. En el segundo sentido, son objetivas puesto que son normativas en el sentido de normatividad justificada; son una ideología. Estos dos sentidos se manifiestan en el siguiente pasaje:

Si concebimos el derecho como un complejo de normas y, por tanto, como una ideología, esta ideología difiere de otras, especialmente de las ideologías metafísicas, en que las primeras corresponden a ciertos hechos de la realidad... Si el sistema de normas jurídicas es una ideología, ésta es una ideología que se paralela a una realidad determinada.⁴⁶

En otras palabras, es una normatividad en el sentido de normatividad justificada (*i.e.* es un ‘deber ser’ objetivo) pero, tam-

⁴⁴ Kelsen usa este ejemplo para un propósito diferente. *Cfr. The Pure Theory of Law, cit.*, pp. 44-48 [el autor sólo se refiere a la p. 47] (*Cfr. Teoría pura del derecho, cit.*, pp. 57-62).

⁴⁵ *What is Justice? cit.*, p. 227.

⁴⁶ *Idem.*

bién, normatividad en el sentido de normatividad social (*i.e.* que corresponde a hechos objetivamente determinables cuyo significado es un 'deber ser' subjetivo). Este cambio constante de un sentido de objetivo a otro no ha ayudado a los estudiosos a entender qué concepto de normatividad es el que Kelsen usa.

Para cualquiera que considere el derecho como socialmente normativo, la cuestión '¿por qué debe ser obedecido el derecho?' no puede ser contestada indicando que éste es normativo. El derecho es normativo en razón de ciertos hechos sociales. Debe ser obedecido, cuando mucho, por razones morales. La normatividad del derecho y la obligación de obedecerlo son nociones distintas. Esto no es así para las personas que admiten únicamente el concepto de normatividad justificada. Para ellos, juzgar el derecho como normativo es juzgarlo justo y admitir que debe ser obedecido. Los conceptos de normatividad del derecho y de obligación de obedecerlo están analíticamente relacionados. Kelsen, por tanto considera el derecho como válido, *i.e.* normativo, sólo si uno debe obedecerlo. "Por 'validez' se entiende la fuerza obligatoria del derecho —la idea de que debe ser obedecido por la gente cuya conducta el derecho regula—."⁴⁷ "Que una norma que se refiera a la conducta de seres humanos sea 'válida' significa que es obligatoria, que un individuo debe comportarse de la manera determinada por la norma."⁴⁸ Estos enunciados son inevitables para un teórico que trabaja con el concepto de normatividad justificada. Son equívocos si la normatividad del derecho es explicada como normatividad social únicamente.

6. El 'punto de vista' de un individuo

La normatividad del derecho es normatividad justificada; su razón es la norma fundamental la que es, por tanto, una norma justificada. Pero ésta no es justificada en ningún sentido absoluto. Kelsen cree en el relativismo moral. Para él las opiniones morales son cuestiones de preferencias personales las cuales no pueden ser racionalmente confirmadas o refutadas. De ahí que afirme que la norma fundamental es presupuesta, *i.e.* aceptada, y el de-

⁴⁷ *What is Justice?* cit., p. 257.

⁴⁸ *Reine Rechtslehre*, cit., p. 196 [en el original el autor transcribe de *The Pure Theory of Law*, cit., p. 193] (Cfr. *Teoría pura del derecho*, cit., p. 201).

recho es considerado normativo sólo por la gente que la considera justa:

Pero no hay necesidad de presuponer la norma fundamental... El sistema de normas que llamamos 'orden jurídico' es un esquema de interpretación posible, pero no necesario; un anarquista rechazará hablar de comportamiento 'lícito' o 'ilícito', de 'deberes jurídicos', de 'derechos' o 'delitos'; entenderá el comportamiento social meramente como un proceso en el cual uno fuerza al otro a comportarse de conformidad con sus deseos o intereses... en resumen, rechazará presuponer la norma fundamental.⁴⁹

... Un anarquista, por ejemplo, que niegue la validez de la norma hipotética fundamental del derecho positivo... considerará su regulación positiva de las relaciones humanas... como meras relaciones de poder.⁵⁰

Un comunista ciertamente puede no admitir que haya una diferencia esencial entre una organización de bandidos y un orden jurídico capitalista... puesto que no presupone —como lo hacen aquellos que interpretan el orden coactivo como un orden normativo objetivamente válido— la norma fundamental.⁵¹

Que un individuo presuponga la norma fundamental es interpretar el sistema jurídico como normativo, *i.e.* como justo. Para Kelsen todos los valores respaldados por un individuo, todas sus opiniones morales, forman, necesariamente, un sistema normativo basado en una norma fundamental. Se puede hablar de un sistema normativo de un individuo o del sistema normativo desde el punto de vista de un cierto individuo. Considerado desde un mismo punto de vista, todo conjunto de normas necesariamente forma un orden normativo consistente y unitario. El individuo puede pensar que algunas de las normas que suscribe se encuentran en conflicto; sin embargo, éste es un hecho psicológico, no normativo. Tal individuo puede sentir rasgarse entre dos modos opuestos de acción.⁵² Sin embargo, no tiene sentido decir que su sistema

⁴⁹ *What is Justice?* cit., pp. 226 y 227.

⁵⁰ *General Theory of Law and State* (Appendix: Natural Law Doctrine and Legal Positivism), cit., p. 413.

⁵¹ Kelsen, H., *Professor Stone and the Pure Theory of Law*, cit., p. 1144.

⁵² Cfr. *General Theory of Law and State*, cit., p. 375 (Cfr. *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., pp. 446-447). En sus trabajos: "Derogation" en *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound* (Nueva York, 1962). (Existe traducción

normativo contiene normas en conflicto. Es de la esencia del concepto de un sistema normativo que éste guíe el comportamiento de aquellas personas que adoptan el punto de vista relevante. Pero, si normas en conflicto son presupuestas válidas desde un punto de vista, entonces no guían el comportamiento puesto que apuntan en direcciones opuestas al mismo tiempo. Por tanto, todas las normas tenidas por válidas desde un mismo punto de vista forman, necesariamente, un sistema consistente:

No es lógicamente posible asumir que normas simultáneamente válidas pertenezcan a dos sistemas diferentes, recíprocamente independientes.

Si dos sistemas de normas diferentes son dados, solamente uno de ellos puede ser presupuesto válido desde el punto de vista de un conocimiento que se ocupe de la validez de las normas.⁵³

Si se supone que dos sistemas de normas son considerados simultáneamente válidos desde el mismo punto de vista, se tiene que asumir la existencia de una norma o de un orden que regule sus relaciones mutuas. De otra manera las contradicciones insolubles entre las normas de cada sistema son inevitables.⁵⁴

Todo esto es incomprensible si se presume que Kelsen usa el concepto de normatividad social. Esto gana alguna plausibilidad si se reconoce que Kelsen opera en todo momento con un concepto de normatividad justificada. Entonces es posible apreciar las razones de Kelsen para sostener: (1) que un individuo reconozca que algo es una norma es aceptar que ésta es justa; (2) que

al español de Alfonso Ortiz: "Derogación" en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año VII, núm. 21, septiembre-diciembre, 1974, pp. 259-274) y "Law and Logic", en *Philosophy and Christianity (Philosophical Essays dedicated to Professor Dr. Hermann Dooyeweerd, North-Holland Publishing Company, Amsterdam, 1965; existe traducción al español de Javier Esquivel: "Derecho y lógica" en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, ult. cit., pp. 275-282)*. Kelsen abandona su afirmación de que las normas válidas son necesariamente consistentes. Desafortunadamente no explica las razones que lo condujeron a aceptar primero esa doctrina, ni modifica aquellas partes de su teoría que dependen de esta doctrina previa, tales como las relaciones del derecho y la moral, el derecho nacional y el derecho internacional, etcétera. Consecuentemente su teoría de la normatividad del derecho es inteligible y consistente únicamente asumiendo que las normas válidas son necesariamente consistentes.

⁵³ Cfr. *General Theory of Law and State*, cit., p. 363 (*Teoría general del derecho y del Estado*, cit., p. 431-432); *General Theory of Law and State* (Appendix: Natural Law Doctrine and Legal Positivism), cit., p. 407.

⁵⁴ *What is Justice?*, cit., p. 284.

desde el punto de vista de un individuo todas sus creencias morales forman un sistema normativo; (3) que todas las normas tenidas por válidas desde un punto de vista, tienen que ser consistentes. Puesto que la interpretación normativa de la creencia de una persona no es una empresa psicológica sino una empresa racional intentada para dilucidar la dirección en la cual lo guían sus opiniones.

Una consecuencia, más bien sorpresiva de este análisis, es que el concepto de sistema normativo pierde mucho de su importancia. El concepto más importante es el de un punto de vista. Es lógicamente verdadero que desde cada punto de vista existe justamente un sistema normativo y por tanto, precisamente, una norma fundamental. Un individuo que acepta la justicia de las disposiciones jurídicas de su país, pero que suscribe otros valores no incorporados en el derecho, acepta no dos sistemas normativos sino uno. Las disposiciones jurídicas de su país son parte de este sistema aunque pueden ser consideradas como un subsistema de su sistema normativo total. Afirmar que todas las normas tenidas como válidas desde un punto de vista constituyen un sistema con una norma fundamental es, por supuesto, afirmar más que el hecho de que no entren en conflicto, es afirmar que todas ellas derivan su validez de una norma fundamental. Esto es tácitamente asumido por Kelsen más que argumentado. Conceder, sin embargo, que la norma fundamental puede conferir validez a más de una norma, convierte a ésta en una cuestión más bien técnica de no mucha importancia.⁵⁵

7. *'El punto de vista jurídico'*

Hasta ahora la noción de un punto de vista ha sido considerada sólo como aplicándose a individuos particulares; únicamente puntos de vista adoptados por individuos han sido explicados. Sin embargo, existen también, más complicados puntos de vista. Se puede adscribir un punto de vista a un grupo de individuos, a una población, siempre que la población comparta los mismos valores. Es posible considerar puntos de vista hipotéticos, por ejemplo, hablar de qué normas son adoptadas por individuos que aceptan

⁵⁵ Véase nota 20 de este mismo capítulo.

todas y sólo las disposiciones jurídicas de sus países como válidas, sin asumir que tales individuos existan. Se puede llamar a este ejemplo particular de un punto de vista hipotético, el punto de vista de *el hombre de derecho*. A través de todo su trabajo Kelsen usa el concepto de un punto de vista de la ciencia jurídica. Habla de "la norma fundamental de un orden jurídico positivo, la última razón de su validez, considerada desde el punto de vista de una ciencia del derecho positivo".⁵⁶ Kelsen también dice que la ciencia del derecho presupone la norma fundamental, pero no obstante, no está comprometida a considerarla justa.

Para Kelsen existe gran diferencia entre un punto de vista personal y el punto de vista científico. Normas estimadas válidas desde un punto de vista personal son aquellas adoptadas como justas. Pero, la teoría jurídica es valorativamente libre y las normas estimadas válidas desde su punto de vista no son, por ello, adoptadas como justas. Cualquier individuo puede hablar del derecho, algunas veces desde su punto de vista personal, algunas otras, desde el punto de vista de la ciencia jurídica. Adoptando este último "incluso un anarquista, si fuera jurista, podría describir un derecho positivo como un sistema de normas válidas, sin por ello aprobarlo".⁵⁷ Al mismo tiempo el anarquista rechazaría la validez del derecho al considerarla desde su punto de vista personal. ¿Cuál es la naturaleza del punto de vista de la ciencia jurídica? ¿Cómo puede ser valorativamente libre y, al mismo tiempo, considerar el derecho como normativo en el único sentido admitido por Kelsen, *i.e.* el de normatividad justificada? Una tentadora explicación es que la teoría jurídica afirma que un sistema jurídico existe sólo si es adoptado desde el punto de vista personal, por la población a la cual se aplica, y describe el derecho como observado desde este punto de vista. Kelsen, sin embargo, rechaza esta interpretación:

La teoría de la norma fundamental no es —como algunas veces se ha entendido erróneamente— una teoría del reconocimiento. La teoría del reconocimiento afirma que el derecho positivo es válido si es reconocido por los individuos a él sometidos, esto es, si esos indivi-

⁵⁶ *What is Justice?*, *cit.*, p. 262.

⁵⁷ *Reine Rechtslehre*, *cit.*, pp. 224-225 [la cita empieza en la página 224. En el original el autor cita de la *The Pure Theory of Law*, *cit.*, p. 218, nota 82] (*Cfr. Teoría pura del derecho*, *cit.*, p. 229, nota 133).

duos quieren que uno deba conducirse de conformidad a las normas del derecho positivo. Este reconocimiento, se afirma, es efectivamente dado, y si no se puede probar, se presume, ficticiamente, un reconocimiento tácito.⁵⁸

La teoría pura del derecho no afirma o asume ninguna actitud de la población jurídica. Un sistema jurídico existe si es efectivo y esto no implica su aceptación como moralmente justo.

Una interpretación alternativa sería que la ciencia jurídica describe no un punto de vista de la población sino el punto de vista de un hipotético hombre de derecho, *i.e.* de una persona que acepta desde un punto de vista personal todas y únicamente las normas jurídicas sin asumir que tal persona efectivamente exista. Tal interpretación es apoyada por varios pasajes como el que sigue:

[La teoría pura] describe el derecho positivo, es decir, todo orden coactivo eficaz en términos generales, como un orden normativo objetivamente válido; establece que esta interpretación no es posible sino a condición de suponer una norma fundamental... caracteriza así esta interpretación como posible, no necesaria, y presenta la validez objetiva del derecho positivo como condicionada —condicionada por el presupuesto de la norma fundamental.⁵⁹

Esta interpretación cae muy cerca del núcleo de la doctrina de Kelsen pero no está exenta de dificultades. En esta interpretación la propia teoría pura no adopta ningún punto de vista; no presupone ninguna norma fundamental. Meramente describe el punto de vista del hombre de derecho y la norma fundamental que adopta. ¿Se equivoca Kelsen cuando considera a la ciencia jurídica como teniendo un punto de vista y presuponiendo una norma fundamental? ¿Usa, acaso, estos términos en un sentido completamente diferente cuando los aplica a la ciencia jurídica? Kelsen mismo está inseguro de su posición en este punto crucial porque, ocasionalmente, se le puede ver vacilar.⁶⁰ La dificultad resulta del hecho

⁵⁸ *Reine Rechtslehre*, cit., p. 224, nota * [en el original el autor cita de *The Pure Theory of Law*, cit., p. 218, nota 83] (Cfr. *Teoría pura del derecho*, cit., p. 229, nota 134).

⁵⁹ *Reine Rechtslehre*, cit., p. 224 [en el original el autor cita de *The Pure Theory of Law*, cit., p. 217-218] (Cfr. *Teoría pura del derecho*, cit., p. 228-229).

⁶⁰ Compárese su tratamiento del anarquista (*The Pure Theory of Law*, cit., p. 278, nota 82 [*Teoría pura del derecho*, cit., p. 229, nota 133]), con su explicación del mismo problema en publicaciones previas y subsecuentes. Véase también su explicación

de que Kelsen no distingue entre la ciencia del derecho de la que tratan los juristas cuando hablan *acerca* del derecho y la actividad de los abogados y jueces que *usan* el derecho. Ambas las considera bajo un solo título de conocimiento jurídico. Kelsen gusta afirmar:

Con su teoría de la norma fundamental, la teoría pura del derecho, no inaugura un nuevo método de conocimiento jurídico. Meramente hace consciente lo que todos los *juristas* hacen, finalmente, de forma inconsciente, cuando conciben los hechos arriba mencionados, como hechos no determinados por las leyes de la casualidad, sino que interpretan su sentido subjetivo como normas objetivamente válidas... La teoría de la norma fundamental es sólo el resultado de un análisis del proceso que un *conocimiento* positivista del derecho ha aplicado siempre.⁶¹

Kelsen, sin embargo, hace una afirmación similar no sólo acerca de los teóricos jurídicos, sino, también, sobre los profesionales del derecho. El siguiente pasaje se aplica a los abogados así como a los profesores de derecho:

Que la norma fundamental realmente exista en la conciencia jurídica es resultado de un simple análisis de los enunciados jurídicos reales. La norma fundamental es la respuesta a la cuestión:

¿Cómo —y esto significa bajo qué condiciones— son todos aquellos enunciados jurídicos que se refieren a las normas jurídicas, deberes jurídicos, derechos, etcétera?⁶²

Puede, quizás, afirmarse que los teóricos jurídicos no adoptan un punto de vista; no consideran el derecho válido sino simplemente describen lo que es considerado válido desde el punto de vista de alguna otra persona, *i.e.* del hombre de derecho. Pero los profesionales del derecho no describen lo que algún otro considera válido, sino ellos mismos consideran el derecho como válido, se refieren a él como válido, y lo aplican a casos particulares. Ellos no pueden decir que meramente describen un punto de vista; de

de si la *Teoría pura* presupone la norma fundamental en *The Pure Theory of Law*, cit., p. 204, nota 72 (Cfr. *Teoría pura del derecho*, cit., p. 213 nota 122).

⁶¹ *Reine Rechtslehre*, cit., p. 209 [en el original el autor transcribe de *The Pure Theory of Law*, cit., pp. 204-205] (Cfr. *Teoría pura del derecho*, cit., pp. 213-214. Las cursivas son de J. Raz).

⁶² *General Theory of Law and State*, cit., pp. 116-117 (*Teoría general del derecho y del Estado*, cit., p. 137).

hecho, adoptan uno. Sin embargo, cuando actúan profesionalmente no necesitan expresar su punto de vista personal. Un anarquista puede ser no sólo profesor de derecho, sino, también, abogado. Como tal adopta y expresa un punto de vista profesional, el punto de vista de la ciencia jurídica, como Kelsen lo llama, lo que no lo compromete, y se entiende que no lo compromete con la opinión de que el derecho es justo.

Para Kelsen el teórico del derecho, así como el profesional del derecho, no sólo describen un punto de vista, sino que, de hecho, adoptan uno. La ciencia jurídica considera válidas las disposiciones jurídicas y de ahí que presuponga la norma fundamental. El punto de vista de la ciencia jurídica es la del hombre de derecho.

No es meramente descrito sino, de hecho, adoptado y es adoptado en un sentido especial.

Si un hombre efectivamente adoptara el punto de vista del hombre de derecho, adoptaría el derecho como su moral personal, agotando todas las normas que acepta como justas. La ciencia jurídica no acepta el punto de vista del hombre de derecho en este sentido. La ciencia jurídica no se compromete a considerar el derecho como justo. Adopta este punto de vista en un sentido especial de 'adoptar' es una adopción profesional y no comprometida. La ciencia jurídica presupone la norma fundamental no como lo hacen los individuos —i.e. aceptándola como justa—, sino en su especial sentido profesional y no comprometido.

8. *Conclusión*

El análisis de la teoría de la normatividad y de la norma fundamental de Kelsen clarifica algunas de sus tesis fundamentales. Explica su insistencia en que la norma fundamental presupuesta por la ciencia jurídica autoriza la primera constitución y no se refiere a ninguna autoridad no jurídica como Dios o la naturaleza. Los individuos, desde sus puntos de vista personales, se encuentran verdaderamente imposibilitados a adoptar esta norma como sus normas fundamentales. Ellos probablemente recurrirán a Dios o a la naturaleza o alguna otra norma moral como su norma fundamental. Pero esto es irrelevante para la ciencia jurídica la cual tiene un punto de vista especial, el del hombre de derecho, el cual adopta en el especial sentido profesional de adop-

tar. La ciencia jurídica, por tanto, presupone, en el sentido especial, esta norma fundamental particular, porque, como ciencia, se ocupa solamente del derecho positivo.

En el presente análisis la posición de Kelsen sobre la relación del derecho y la moral es vista como implicada por el resto de su teoría:

Cuando se afirma que el derecho positivo y la moral son dos sistemas de normas distintos, recíprocamente independientes, significa únicamente que el jurista, al determinar lo que es jurídico, no toma en consideración a la moral, y el moralista, al determinar lo que es moral, no presta atención a las prescripciones del derecho positivo. El derecho positivo y la moral pueden ser considerados como dos sistemas de normas distintos y recíprocamente independientes en virtud y en la medida en que no son concebidos simultáneamente válidos desde el mismo punto de vista.⁶³

Kelsen explica aquí el punto de vista profesional del estudioso del derecho y la moral. No niega que un orden jurídico pueda incorporar reglas morales o que la moral pueda incorporar el derecho y considerarlo moralmente válido. Tampoco niega que un individuo desde su punto de vista personal pueda considerar, a las normas jurídicas y a las no jurídicas, válidas a la vez. Para el individuo todas ellas formarán parte de su sistema normativo personal, basado en su personal punto de vista. Desde el punto de vista de la ciencia jurídica, sin embargo, únicamente el derecho es válido, justamente como, desde el punto de vista de las teorías éticas únicamente las normas morales son válidas.

La insistencia de Kelsen en que desde un punto de vista particular pueda haber sólo un sistema normativo y sólo una norma fundamental, explica por qué su teoría de la normatividad implica por sí misma que hay, justamente, una norma fundamental para cada sistema jurídico. En tanto que las normas fundamentales son necesarias únicamente para permitirnos considerar el derecho como normativo, nada impide a uno postular varias normas fundamentales en relación a un sistema. Una norma fundamental puede

⁶³ *What is Justice?*, cit., p. 284. Compárese también *General Theory of Law and State*, cit., p. 374 (*Teoría general del derecho y del Estado*, cit., pp. 445-446); *General Theory of Law and State* (Appendix: Natural Law Doctrine and Legal Positivism), cit., pp. 410 y ss. [Por error el autor cita la página 490 la cual corresponde al índice de la obra mencionada].

hacer normativo el derecho penal, otra se relacionaría con el derecho de la propiedad, etcétera. Sin embargo, en base a la teoría de Kelsen esto significaría que no existe un solo punto de vista desde el cual es considerado el sistema jurídico, sino varios, cada uno correspondiendo a cada una de las normas fundamentales. Más aún, como no hay sino una ciencia general del derecho, de la premisa kelseniana de la unidad de un punto de vista se sigue que todas las disposiciones jurídicas forman un solo sistema jurídico. La razón última de la teoría de Kelsen de la unidad del derecho nacional e internacional es su teoría de la normatividad. Puesto que todas las normas tenidas por válidas desde un punto de vista forman un sistema normativo, se sigue, sin mayor argumento, que en virtud de que el derecho nacional y el internacional son considerados válidos desde el punto de vista de una ciencia jurídica, son parte de un sistema. Todo lo que resta hacer es explicar cómo deben ser así entendidos. "La unidad del derecho nacional e internacional es un postulado epistemológico. Un jurista que *acepta ambos* como conjuntos de normas válidas tiene que tratar de comprenderlos como partes de un sistema armonioso."⁶⁴ "Una vez que se concede que el derecho nacional y el derecho internacional son ambos derechos positivos, es obvio que ambos tienen que ser válidos *simultáneamente desde el mismo punto de vista jurídico*. Por esta razón tienen que pertenecer al mismo sistema."⁶⁵ "Si ambos [sistemas] son considerados como órdenes *simultáneamente* válidos de normas obligatorias, esto se debe a que se les concibe a ambos comprendiendo un solo sistema."⁶⁶

Este análisis de la doctrina de la norma fundamental de Kelsen en su función de establecer la normatividad del derecho se basa en la afirmación de que, aunque Kelsen rechaza las teorías del derecho natural, él consistentemente usa el concepto de normatividad del derecho natural, *i.e.* el concepto de normatividad justificada. Kelsen está en posibilidad de sostener que la ciencia del derecho es valorativamente libre afirmando con ello un especial punto de vista, el del hombre de derecho; sosteniendo que la ciencia jurídica adopta este punto de vista. La ciencia del derecho presupone su

⁶⁴ *General Theory of Law and State*, cit., p. 373 (*Teoría general del derecho y del Estado*, cit., pp. 443-444).

⁶⁵ *What is Justice?*, cit., p. 284. (Las cursivas son de J. Raz).

⁶⁶ *Reine Rechtslehre*, cit., p. 332 [el autor transcribe de *The Pure Theory of Law*, cit., p. 332. Las cursivas son de J. Raz] (*Cfr. Teoría pura del derecho*, cit., p. 334).

norma fundamental en un especial sentido profesional y no comprometido de presuponer. No hay, después de todo, un sentido jurídico de normatividad, pero hay una manera específicamente jurídica en que la normatividad puede ser considerada.

Éste es el núcleo de la teoría de Kelsen. A esto Kelsen añade la posterior afirmación de que todas las normas tenidas por válidas desde un punto de vista tienen que ser consideradas como un sistema consistente. Esta ulterior tesis puede y debe ser criticada y rechazada. Conduce a una visión distorsionada de las relaciones entre varios valores suscritos por un individuo. También conduce a una distorsión del concepto común de sistema jurídico. Éste no es lugar para examinar las insuficiencias de la concepción de Kelsen sobre la moral personal. El fracaso de Kelsen en su explicación del sistema jurídico es tratado en otro lugar.⁸⁷ Es, sin embargo, importante recordar que es posible rechazar la identificación de Kelsen de los conceptos de sistema normativo y punto de vista normativo, y retener otros principios de la teoría de la normatividad y norma fundamental.

Me parece que la teoría de Kelsen es la mejor teoría existente del derecho positivo basada en el concepto de normatividad justificada. Es deficiente al ser vinculada a otras doctrinas erróneas y esencialmente independientes; asimismo es incompleta al no ser respaldada por alguna doctrina semántica o doctrina del discurso capaz de explicar la naturaleza del discurso desde el punto de vista del hombre de derecho.⁸⁸

⁸⁷ Véase *supra*, inciso 2: *La norma fundamental y la unidad de los sistemas jurídicos*; véase Hart, H. L. A. 'Kelsen' doctrine of The Unity of Law', *cit.* (la doctrina kelseniana de la unidad del derecho, *cit.*).

⁸⁸ Sobre el discurso normativo véase J. Raz, *The Concept of a Legal System cit.*, pp. 234-238. (*Postscript: Sources, Normativity and Individuation*). Para un comentario en español al respecto, véase Tamayo y Salmorán, R., "La teoría de J. Raz sobre los sistemas jurídicos", *cit.*