

Kelsen: un formalismo sin historia

Jorge E. Gutiérrez Chávez

"Los teóricos que tratan de elaborar teorías del Derecho (en un sentido jurídico) se hallan en una situación trágica: para evitar que sus tesis cojeen deben viciarlas con contradicciones, de forma que acaban cojeando en Escita o dando saltos en Caribdis, o viceversa (...) la definición del concepto de Derecho sigue siendo para la actual jurisprudencia, a pesar del ingente derroche de trabajo e inteligencia que a ella se ha aplicado, objeto de investigación".

L. Petrazitskij

Desde su aparición (1934) la "Teoría Pura del Derecho" ha sido objeto de innumerables estudios críticos que han dado vida a no pocas polémicas en torno al carácter científico de la misma: los problemas planteados por esta Teoría, como se sabe, no eran nuevos ni totalmente originales, los mismos habían sido y siguen siendo el objetivo de los más importantes juristas ⁽¹⁾. La novedad que presentaba el normativismo kelseniano se encontraba, fundamentalmente, en su postulado lógico-formal en base al cual afrontaba dos de los problemas más difíciles de resolver por la Teoría jurídica contemporánea: el de la determinación de la naturaleza o forma última del derecho y el de su sistematización científica.

De estos dos problemas, el de la sistematización de las normas positivas ha representado, sin duda, uno de los avances más sólidos y determinantes que han tenido los estudios jurídicos contemporáneos: desde esta perspectiva, la "Teoría Pura del Derecho" resulta posiblemente "la teoría más completa de derecho positivo y la más coherente fundación de la ciencia de las normas jurídico-positivas" ⁽²⁾. Ahora bien, el verdadero problema del purismo lo es, a todas luces, la construcción lógico-formal que soporta enteramente los presupuestos teórico-metodológicos que dan coherencia al sistema. A este respecto vale hacer una aclaración pertinente y por demás necesaria.. Si es cierto que el sistema kelseniano

representa un intento por demás original para la sistematización de una auténtica ciencia del derecho, no es menos cierto que Kelsen, desde el punto de vista epistemológico, es deudor del filósofo de Königsberger, Emanuel Kant, ya que es justamente este autor quien con su distinción entre moral y derecho ha roto radicalmente (o intentado romper) con aquella tradición que mezclaba el derecho con la moral ⁽³⁾. Esta vinculación teórica que une el purismo kelseniano a la gnoseología kantiana puede servir, por un lado, como una nueva e indiscutible prueba de la centralidad y esencialidad del problema planteado por Kant con su distinción entre moral y derecho, distinción que señala por así decirlo, no sólo el nacimiento de la moderna categoría jurídica y el de la moderna problemática jurídico-política, sino también, en un sentido más amplio, el nacimiento de las modernas ciencias sociales ⁽⁴⁾; y por el otro, plano en el que se inscribe este trabajo, como una ulterior confirmación de los problemas y contradicciones presentes en toda reconstrucción (conceptual) de las categorías jurídico y políticas que ignore el carácter práctico-social de las mismas: una reconstrucción teórica de esta naturaleza, no hará otra cosa que hacer oscilar el fundamento del Estado y del Derecho entre la moral (ideología) y la fuerza (efectividad).

I. Hacia el purismo

El entero trabajo teórico de Kelsen se encuentra fundamentalmente encaminado a individualizar y sistematizar un auténtico conocimiento científico del derecho positivo partiendo del presupuesto que éste debe ser diferenciado y depurado de toda intromisión o elemento que no sea recabado de su naturaleza misma, vale decir, "quiere liberar a la ciencia jurídica de todos los elementos que le son extraños. Este es su principio

fundamental en cuanto al método" ⁽⁵⁾. En otras palabras, el objetivo de Kelsen era aquel de "elevar la ciencia al derecho, que se agotaba casi completamente —abierta o disimuladamente— en una argumentación jurídico-política, al nivel de una auténtica ciencia, de una ciencia del espíritu" ⁽⁶⁾.

El largo viaje que emprende Kelsen para "purificar" su objeto de estudio y presentarlo como autónomo e independiente, toma como punto de partida la consideración de que: "El ordenamiento jurídico es un sistema de normas" ⁽⁷⁾. Este primer presupuesto hace resaltar inmediatamente, por su obviedad, un problema no de fácil solución, el de demostrar cuándo una norma pertenece o forma parte de un sistema jurídico dado y cuándo una norma sale específicamente de esta esfera. Kelsen mismo responde a esta interrogante afirmando que: "Este problema está estrechamente relacionado con el de la validez de la norma" ⁽⁸⁾. El problema de la validez de la norma, por esta razón y en esta forma, subrepticamente se transforma en la columna vertebral de toda reconstrucción formalista kelseniana.

Para explicar el Derecho como un sistema de normas autónomo y autosuficiente, Kelsen, metodológicamente, buscará aislar su objeto de estudio tanto de aquellos otros morales o éticos. Estos elementos, como se sabe, de Kant en adelante, han conformado y en términos generales, siguen conformando la naturaleza del derecho moderno: si por una parte los estudios "científicos" del derecho han optado por considerar como objeto de su investigación única y exclusivamente el elemento empírico positivo del derecho, el reduccionismo tecnicista de este procedimiento, que convierte, sin ninguna mediación, la forma en contenido, ha obligado a reintroducir en los estudios jurídicos el elemento ético-axiológico (justicia) con el cual se ha pretendido subsanar esta deficiencia. El conocimiento jurídico, de esta manera, continúa articulándose como un objeto bivalente que oscila entre el valor y hecho: la pretendida ciencia jurídica, estudia la positividad o factuosidad del derecho y la filosofía la eticidad o contenido último del mismo. De hecho se podría afirmar que ni el derecho ha podido fundarse como una categoría verdaderamente autónoma de la filosofía ni la ciencia jurídica ha podido constituirse como una verdadera ciencia. Filosofía y ciencia, en los estudios del derecho, viajan asintóticamente.

Ahora bien, el primer paso que lleva a cabo Kelsen es aquel de depurar y diferenciar la esfera normativa del mundo fáctico o natural, explicándola como un algo que no pertenece al mundo fenoménico. "Una norma —dirá— no es una proposición relativa a la realidad (...) el fundamento de la validez de la norma es siempre una norma, no un hecho" ⁽⁹⁾ La validez de la norma, usando este criterio, jamás podrá ser explicada utilizando el tradicional método

de causa-efecto, considerado el criterio de verificación de las modernas ciencias de la naturaleza. "Si existe una ciencia social diferente de la ciencia natural —afirma Kelsen— necesita describir su objeto según un principio que se diferencie de la causalidad. En cuanto objeto de una ciencia tal, diferente de la ciencia natural, la sociedad es un orden normativo del comportamiento humano" ⁽¹⁰⁾. Los fenómenos naturales y los sociales son diferentes y por ende deben ser explicados a través de la determinación de la "especificidad" que caracteriza a cada uno de ellos y no sólo esto, sino que es necesario, también, determinar el específico ámbito de la ciencia jurídica respecto de aquellas otras ciencias de la sociedad (como pueden ser la psicología, la etnología, la historia y la sociología) disciplinas que, aún teniendo por objeto la interrelación recíproca entre los individuos, no logran diferenciarse netamente de las ciencias de la naturaleza en virtud de que siguen operando en base al principio de causalidad: "La diferencia que, en este respecto se da entre las ciencias sociales indicadas y las ciencias naturales, es sólo una diferencia de grado, no una diferencia de principio" ⁽¹¹⁾. La ciencia jurídica no interpreta los fenómenos sociales "causalmente", sino a través del principio de "imputación", vale decir, describe como debe producirse un determinado comportamiento humano cuando está determinado por normas positivas ⁽¹²⁾. "El enunciado jurídico no dice, como la ley natural, que si se produce el hecho "A", entonces aparece el hecho "B", sino que si se produce el hecho "A", el hecho "B" es debido, aunque quizás el hecho "B" no se produzca en realidad" ⁽¹³⁾. Tomando en consideración todas estas primeras proposiciones teóricas, podríamos sacar algunas conclusiones importantes: a). Que la esfera jurídica o mundo del "deber ser" aún abasteciéndose para su conformación del mundo fáctico, es sólo una representación intelectual del "ser" o realidad; b). Que por esta razón, por así decirlo, entra dentro del mundo de los valores, pero de los valores constituidos por las normas positivas y; c). Que en vista de esta auto nominación respecto del mundo de los hechos, la esfera normativa deberá necesariamente, encontrar su fundamento último no el mundo real o esfera del "ser", sino en aquella representación intelectual o "deber ser", misma que, también necesariamente, deberá ser distinguida de la moral sino se quiere caer dentro del mundo subjetivo de la ética ⁽¹⁴⁾.

Esta distinción que señala los límites precisos que hacen diferentes los objetos de estudio de las ciencias naturales y sociales respecto de las ciencias jurídicas, entendidas éstas como aquel orden normativo que prescindiendo, para su reconstrucción, del elemento real —sensible no sólo lo intelectualiza, sino que también lo ordena—, presenta ya un primer problema. Si es verdad que es fácil identificar el fundamento de validez de una

norma inferior vinculándola con una superior, difícil será determinar el fundamento jurídico de aquella norma que jerárquicamente se encuentra en la cúspide de la pirámide normativa.

Dejemos brevemente este problema y resumamos este primer paso completado por Kelsen. Definiendo el entero fenómeno normativo como algo diverso de los fenómenos naturales Kelsen ha podido fijar aquel como un mundo autónomo y autosuficiente que se crea y se auto produce sin la intervención de elementos que no sean estrictamente normativos: el mundo de la naturaleza y el mundo de la sociedad, de acuerdo a estos postulados, aparecen como diferentes y contrapuestos en virtud del hecho de que estas dos esferas tienen una estructura

diversa, una causal y la otra normativa. "La distinción entre "deber ser" y el "ser" —dirá Kelsen— es fundamental para la descripción del derecho" ⁽¹⁵⁾.

Esta primera distinción y esta última afirmación, reflejan los problemas presentes en la T.P.D.: por un lado se confirma la naturaleza dualista del Derecho y por otro lado se la quiere reducir a un dudoso monismo. Uno de los más notables juristas mexicanos observando claramente este problema nos dice: "Defender de manera congruente el monismo positivista, cuando se empieza por afirmar la rigurosa separación del orden del ser y el reino del deber ser, es tan imposible como conseguir que las paralelas se toquen en un punto o acaben por fundirse en una sola línea" ⁽¹⁶⁾.



II. Moral y derecho

Realizada la primera distinción, el siguiente paso obligado para Kelsen, será aquel de depurar, también, la esfera normativa eliminando de ésta todo contenido moral o ideológico. Esta ulterior depuración puede ser perfectamente interpretada como un abierto rechazo tanto a aquella kantiana tesis de la "razón pura" o "jusracionalista", como a las teorías jurídico-axiológicas que hasta la fecha siguen inundando el mundo del derecho.

Si como hemos visto, el ordenamiento jurídico, entendido como un sistema de normas, no es una proposición relativa a la realidad o bien con palabras del autor: "no es juicio sobre la realidad" ⁽¹⁷⁾, perfectamente se podría afirmar que: "Kelsen intenta fundar una sistemática del derecho inscrita en la 'ciencias normativas' y operante por 'juicios de valor' partiendo del presupuesto de tener como objeto una proposición ideal calificativa de la realidad, una significación del ser" ⁽¹⁸⁾. Sin embargo, también desde esta óptica se podría válidamente argumentar que cualquier norma moral o ética podría ser considerada, sin ningún problema, como parte integrante de un sistema jurídico normativo o mundo del "deber ser". Kelsen viendo con claridad este problema, debe proponer una segunda distinción entre las normas que pertenecen a un ordenamiento jurídico y aquellas que podrían formar parte, por ejemplo, de un entero sistema moral. A este punto, Kelsen, afronta la vieja distinción entre moral y derecho, misma que originalmente y con un gran refinamiento teórico desarrolló Emanuel Kant ⁽¹⁹⁾.

Ahora bien, si es verdad que Kant mucho antes había realizado la antes mencionada distinción, es justo hacer notar que el criterio metodológico utilizado por Kelsen es ligeramente diferente. Kant, en síntesis, distingue las dos legislaciones tomando como base el "modo de la obligación": la obligación moral debe considerarse esencialmente interna e incoercible, mientras que aquella obligación jurídica, por su naturaleza, es concebida como externa y coercitiva. La primera regula la relación del hombre con sí mismo y por esta razón se considera como una relación interpersonal, es decir, subjetiva; la segunda tiene que ver fundamentalmente con la relación socio-material de hombre, es decir, con la relación que intercorre entre los hombres respecto de las cosas. Kelsen, por el contrario, sostiene que la eficacia (coercibilidad) no puede delimitar la especificidad de cada uno de estos sistemas: es natural que un elemento empírico no sólo perturbaría el mismo sistema, sino que rompería con la pureza pregonada por Kelsen.

Llevando hasta sus últimas consecuencias sus presupuestos lógicos, el autor, retomará una vez más el

problema de la validez, afirmando, que una norma, a diferencia de un juicio sobre la realidad, no es verdadera o falsa, sino válida o no válida. Por esta razón "el fundamento de validez de una norma está siempre en otra norma, nunca en un hecho" ⁽²⁰⁾. Ahora bien, si este fundamento no puede ser recabado de la realidad, el mismo deberá ser individuado dentro del propio sistema: una concatenación normativa nos portará, necesariamente, a una última norma la cual, según el autor, se presentará como la fundadora del sistema en vista de que arriba de ella no existe otra norma que le otorgue o confiera su validez. Esta norma (fundamental), se debe inferir, no es una norma positiva; su validez no es extraída por un procedimiento jurídico dado, sino que contrariamente-deber ser "lógicamente presupuesta como válida". Si como Kelsen dice: Todas las normas cuya validez puede ser referida a una y la misma norma fundamental constituyen un orden o sistema normativo, en la naturaleza de esta norma, podremos distinguir la diversidad de un sistema jurídico respecto de uno moral. El primero es calificado por el autor como sistema dinámico y el segundo como estático. En este segundo, nos dice: "(...) las normas son 'válidas', (...), en virtud de su contenido", que su fuerza vinculante es evidente en sí misma y que por esta razón, una vez más con Kelsen, "su naturaleza obligatoria puede parecer tan obvia que no se deba sentir ninguna necesidad que nos haga preguntarnos la razón de su validez; en otras palabras, las normas particulares de un sistema tal están ya implícitas en la norma fundamental, es decir, son válidas en sí mismas" ⁽²¹⁾. Así por ejemplo, de la norma "se debe amar al prójimo", pueden derivarse las normas: no debes matarlo, di dañarlo física o moralmente. "Esa norma presupuesta como fundante básica, presta tanto el fundamento de validez, como el contenido válido de las normas inferidas de ella, mediante una operación lógica" ⁽²²⁾.

Por otra parte, para demostrar la juridicidad del sistema dinámico Kelsen opera el principio de contradicción haciendo valer el contenido diverso con el que cuentan las normas jurídicas; éstas, dirá, no son válidas porque ellas mismas o la norma fundamental tienen un contenido cuya fuerza obligatoria es evidente de por sí, "una norma jurídica, modificando el primer criterio, es válida en cuanto ha sido creada de acuerdo con determinada regla" ⁽²³⁾, es decir, "ha sido creada en el modo prescrito por otra norma" ⁽²⁴⁾. No es, por lo tanto, de su mismo contenido que la norma de un sistema jurídico extrae su validez, sino que ésta la obtiene de una piramidal concatenación normativa o "Stufenbau": Toda norma jurídica encontrará su origen y fundamento de validez en una norma superior y a su vez ésta, vendrá legitimada por otra todavía más elevada jerárquicamente.

Si aceptamos estas proposiciones metodológicas por las cuales es purificada la esfera del "deber ser", es decir,

si aceptamos la aparente incontaminación fenomenológica o valorativa del sistema, resta el hecho que, como Kelsen, tendríamos que postular dos axiomas indemostrables: el de la coherencia formal del entero sistema y el de la autarquía absoluta del sistema formal. La coherencia formal exige que las normas se ordenen según una escala de validez continua de las normas. Sin embargo, tratándose no de cualquier norma, sino de normas jurídicas destinadas a regular un dado sistema de relaciones sociales, éstas deben ser puestas por un poder efectivo, capaz de formularlas y de hacerlas respetar no sólo para todos los individuos, sino también para todas las (eventuales) autoridades alternativas. Aquí, con gran evidencia, la cadena de validez formal debe interrumpirse

ya que se postula un hecho-poder constitutivo de normas: la llamada "norma fundamental" es una fundación solamente convencional del sistema formal. El segundo axioma, que postula la autonomía integral del sistema, entra en colisión con el carácter de eficacia histórico-social que un sistema jurídico debe demostrar constantemente para continuar siendo válida. De otra manera se desploma.

III. La norma fundamental

Tomando como punto de referencia la concatenación normativa propuesta por Kelsen, podemos decir, que el itinerario seguido presenta una enorme coherencia lógica:



la constitución de un determinado país llegará a constituirse como el fundamento de validez de una norma particular y del sistema en general. Pero en vista de que también ésta deber ser convalidada, Kelsen envía su fundamento a una anterior y así hasta no encontrarse con la primera que haya existido en un determinado país. Esta última constitución es definida por Kelsen como: "la primera que es dictada por un usurpador o por cualquier asamblea" ⁽²⁵⁾.

El problema que se le presenta a Kelsen en esta sede, no es otro que aquel de dar un contenido o un fundamento normativo a este "hecho histórico y social": postulando que todas las normas jurídicas de un ordenamiento recaban su validez de esta primera constitución y definiendo ésta como un acto voluntarista de un hombre o de una colectividad (asamblea), el autor ha hecho resalir un acto no jurídico, empírico, como el fundamento de validez de todo el sistema normativo. Sin embargo, como el fundamento kelseniano del derecho no puede ser obtenido del mundo fenoménico, sino de un presupuesto hipotético-formal o norma fundamental, veamos la argumentación propuesta por el autor. "La Norma Fundamental —afirma Kelsen— no es creada por un procedimiento jurídico, por un órgano que cree el derecho, ésta no es válida —como lo es una norma jurídico-positiva— porque ha sido creada en una determinada manera por un acto jurídico, sino que es válida porque es presupuestada como válida; y es presupuesta válida, porque sin tal presupuesto ningún acto humano podría interpretarse como un acto jurídico, y especialmente creativo de normas ⁽²⁶⁾. Sobre la base de este razonamiento surgen necesariamente dos importantes consideraciones. La primera, que la norma fundamental al ser concebida como algo que se encuentra más allá del "deber ser", inmediatamente, corta de tajo la cadena normativa decapitando, en esta forma, la validez estrictamente jurídica en la que se sustentaba el entero sistema: al afirmar que el fundamento de validez de la "Grundnorm" no podrá ser recabado por medio de un normal procedimiento jurídico-normativo, Kelsen está construyendo una metaesfera no positiva, la cual al límite del sistema sobreponiéndose al "deber ser", positivo, convalida como jurídico el sistema en su conjunto. Interesante parece el criterio utilizado por el autor para explicar esta norma: si por un lado todas las normas jurídicas para ser válidas requieren de una concatenación normativa, por el otro, aquella norma que le da validez al entero sistema —en razón de un expediente puramente hipotético-relativo— escapa al criterio que esa misma funda. Esta norma, dirá Cerroni, "es válida en igual forma que una norma de derecho natural, prescindiendo de su validez puramente hipotética" ⁽²⁷⁾.

La segunda, si la norma fundamental "es válida —solamente— porque es presupuesta como válida", se

podría pensar que ésta es válida en sí misma, es decir, que es "fundamental y absoluta" y que por lo tanto, "(...) debe ser (...) aceptada dogmáticamente como un acto de fe" ⁽²⁸⁾. El fundamento de todo el sistema, al parecer, es reenviado a un mero convencionalismo o a una idealidad ética ⁽²⁹⁾. Valor y hecho emergen subrepticamente sólo para responder que si el derecho es forma, también es contenido y que una forma sin contenido, en el derecho, no es más que una simple especulación, un juego lógico de formas. "(...) En el fondo el recurso de la Grundnorm no es otra cosa que un modo para afirmar que el carácter positivo del ordenamiento inhibe toda discusión sobre su fundamento, y sobre la naturaleza genuina de su juridicidad, ya que esta trae consigo misma su absoluta legitimación" ⁽³⁰⁾.

IV. Validez y eficacia

Ahora bien, si el presupuesto formal de Kelsen parece proponer no ya un unitario sistema normativo, sino un nuevo dualismo, éste será inmediatamente desmentido por el "ser" mismo, al negar, con su presencia, cualquier tentativa de esta naturaleza: las dos esferas kelsenianas, en último análisis, serán subsumidas en aquella real o empírica, vale decir, nos ha querido intercambiar lógicamente el elemento real envolviéndolo en una idealidad ética o en un formalismo lógico. De hecho, después de haber rechazado todo contenido fenoménico o histórico-causal de la norma y en base a esto haber delineado en la validez formal la condición de existencia jurídico-positiva de la misma norma, Kelsen debe corregir al darse cuenta que no es posible resolver la entera problemática jurídica encerrándola en sí misma: si es verdad que el formalismo no encuentra grandes dificultades en el explicar la validez de una norma particular, es, por otro lado, también cierto que más difícil parece el tener que explicar la validez de esta norma en relación con todo el ordenamiento jurídico y es aquí, justamente, que el sistema fracasa. El "ser" sistemáticamente despreciado y marginado, torna dramáticamente a destruir la tentativa de definir sólo en base a una instancia hipotético-formal el sistema jurídico en su conjunto.

Rota la cadena normativa, el mismo Kelsen debe reconocer la dificultad o imposibilidad de la unificación normativa: "esto, verdaderamente, es el problema de la positividad del derecho: el derecho se presenta como un "debe ser" y un "ser" al mismo tiempo, mientras que lógicamente estas dos categorías se excluyeron recíprocamente" ⁽³¹⁾. El aparente dualismo kelseniano, como habíamos hecho notar, no se sostiene por mucho tiempo. Si inicialmente la proposición lógico-formal se acerca a algo de trascendente o socialmente inmanente más adelante afirmando que el postulado de la primera constitución "que se debe comportar así como han

ordenado el individuo o los individuos que han dictado la primer Constitución" es en realidad "la norma fundamental del ordenamiento, jurídico en consideración" ⁽³²⁾, Kelsen debela el contenido puramente fenoménico de su norma hipotética fundamental.

Si esta voluntad colectiva o individual es interpretada o identificada como la norma fundamental se podría preguntar, por una parte, si verdaderamente esta metaesfera se sobrepone o es algo diverso del "ser" o realidad o que si por el contrario la mencionada "Grundnorm" no es otra cosa que el mismo "ser" valorado, o mejor dicho, revalorado lógicamente; por otra parte, si el comportamiento social, desde esta óptica, adquiere un



papel tan importante para la definición del derecho, podremos perfectamente agregar a esta genérica voluntad un elemento de naturaleza diversa como lo es el de la eficacia o dicho en otra forma, el poder de constreñir a una colectividad a comportarse en una determinada manera. El resultado de tal operación comportará no pocos problemas al formalismo ya que a este punto, el contenido trascendente o socialmente inmanente del derecho pierde toda su fuerza dejando como único soporte de todo el sistema la "burda y vulgar fuerza" que, como perteneciente al mundo fenoménico, jamás había sido considerada. A propósito de esto, un joven teórico italiano nos dirá: "La condición trascendental del derecho positivo, vale decir, la norma positiva, se identifica, en realidad, con la eficacia, siempre marginada por el purismo kelseniano" ⁽³³⁾.

Para confirmar lo antes mencionado, el mismo Kelsen aporta elementos que hacen descubrir las profundas contradicciones de su teoría. Kelsen, de hecho, ha retenido que "la validez de la norma es determinada por el sistema jurídico mismo"; lo que confirmaría su original postulado, es decir, "que el fundamento de validez de una norma es siempre una norma, no un hecho". Estas dos afirmaciones presuponen una validez "absolutamente normativa" del entero sistema; sin embargo, analizando un caso particular —el de la revolución— el autor da marcha atrás con respecto a sus originarias pretenciones. La revolución dirá: "significa la supresión de un ordenamiento jurídico y político y su substitución por uno nuevo mediante medios no previstos por el primero" ⁽³⁴⁾, "cualquier jurista —agrega— presumirá que el viejo ordenamiento —al cual no corresponde más ninguna realidad política— ha cesado de ser válido, y que todas las normas que son válidas en el ámbito del nuevo ordenamiento reciben su validez exclusivamente de la nueva Constitución" ⁽³⁵⁾. Ahora bien, si es verdad que la nueva Constitución constituirá el fundamento de validez de todas las normas que serán instituidas para una colectividad determinada también es cierto que si este nuevo ordenamiento es funcional a esta determinada sociedad no lo es solamente por el carácter lógico o subjetivo que encierra una norma, sino más bien, por la real posibilidad que el nuevo poder tiene para hacer efectiva la norma y, sobre todo, por el hecho de haber sido capaz de instituir un nuevo sistema jurídico y político.

El pretendido sistema normativo kelseniano, autónomo y unitario, sufre un fuerte embate frente a la realidad contundente de una revolución: este hecho histórico-social, transforma de raíz el formalismo lógico de Kelsen; el derecho, una vez puro y autosuficiente, descubre subrepticamente su "alteridad" o contrario y no sólo esto, sino que esta alteridad fenoménica resulta al final, ser su contenido último. Si la norma hipotética fundamental en un primer momento se le consideró oscilante entre el valor ético y el hecho concreto, la realidad política ha corregido esta bivalencia reivindicándose como el único soporte de la posibilidad de

la norma jurídica kelseniana. Confirmando nuestros postulados, Kelsen nos dirá: "si éstos (los revolucionarios) triunfan, (...) porque los individuos cuya conducta es regulada por el nuevo ordenamiento se comportan efectivamente, en general, en conformidad con el nuevo ordenamiento, entonces el ordenamiento es considerado válido" ⁽³⁶⁾. El párrafo, nos parece, es bastante claro ya que conforma como el presupuesto hipotético del purismo de Kelsen, originalmente cubierto de un dudoso formalismo, al final es descubierto como la realidad misma del "ser": su validez, la norma, la encuentra no ya en la hipotética "norma fundamental", sino por un hecho histórico social que, su vez, presupone, necesariamente, el elemento, naturalístico de la fuerza. El normalismo que negó toda intromisión fenoménica, ahora debe recuperar este presupuesto no normativo nada menos que para justificar la validez jurídica del sistema en su conjunto. En fin, el dualismo Kantiano no ha sido resuelto y aún más, Kelsen perdiendo de vista la ambigüedad de su objeto de estudio nos ha propuesto un dudoso purismo jurídico que, con palabras de Kant, será como la cabeza de madera en la fábula de Fedro, "bella, pero sin cerebro" ⁽³⁷⁾.

V. Formalismo sin historia

El mismo procedimiento lógico-formal con el cual Kelsen intentó explicar su "Grundnorm" será ahora utilizado para fundamentar la relación que intercorre entre Estado y Derecho, y entre Derecho Estatal y Derecho Internacional: La realidad histórica creadora de estos institutos —la revolución o la "voluntad" originaria que dan vida al Estado moderno— es absorbida y subordinada a una abstracta categoría jurídica con el resultado de que aquellas aparece no ya con el origen de su fundación, sino, más bien, como una original creación del Derecho. El Estado, por lo tanto, es solamente un predicado del concepto de Derecho, un elemento que fuera de la esfera normativa, pero subsumido y dependiente de ésta, tiene como única obligación aquella de hacer efectiva la norma.

Una vez más, olvidando artificiosamente la especificidad del "ser", vale decir, su historicidad, Kelsen invierte los términos del problema transformando en predicado aquello que en realidad es el verdadero sujeto. Esta inversión o falta de mediación histórica lo lleva algunas veces a someter el Estado al Derecho y en otras ocasiones, contrariamente, a subordinar éste a la realidad política, contradicción misma que comportará gravísimas consecuencias metodológicas: a). En un nivel lógico, la reducción de estos institutos modernos a meras categorías conceptuales transforman "mágicamente la

moderna organización social en un ente "eterno" y "unificado" dentro y por el mundo normativo. En otras palabras, al no considerar las características distintivas de la moderna sociedad, Kelsen por un lado, pierde su diversidad y originalidad respecto de las precedentes; por el otro postulado el hecho histórico constitutivo de los institutos modernos como una mera categoría "generalizante" y "universalmente válida", no ha hecho otra cosa que operar una transposición lógica del hecho histórico en valor. Esta mutación conceptual permite afirmar a Cerroni, que: "procediendo con una reducción del Derecho y del Estado a meras categorías, Kelsen no las restituye, más adelante, como institutos históricos, privados, sin embargo, de su historicidad institucional,



elevada, de antemano, a la dignidad de categorías " (38); b). A nivel político-sociológico, sublimando a mera categoría abstracta y generalizante la naturaleza empírico-constitutiva del instituto jurídico moderno, vale decir, subsumiendo, sin ninguna mediación, el hecho en el derecho y postulando, como hemos visto, como única característica distintiva de éste, su naturaleza coercitiva, Kelsen se ha visto obligado a convalidar como jurídica cualquier fuerza capaz de imponer un determinado comportamiento social (39). Este defecto metodológico comportará por una parte, la equiparación de un poder legalmente constituido a un poder de hecho que no es jurídicamente válido: como por ejemplo, el poder ejercido por el Estado Mexicano es parificado a aquel que ejercitan no pocos caciques en nuestro país; por la otra, un poder emanado del voto soberano de un pueblo, es puesto al mismo nivel de aquel que encuentra como único fundamento de su validez, la pura fuerza. Un Estado democrático, con este criterio, es equiparado con una burda y vulgar dictadura. Habría que precisar, en este caso, que si bien una dictadura o poder de hecho es capaz de producir o hacer emanar normas jurídicas, no por esto se ha consolidado como un sistema moderno ya que uno de los tratos distintivos de los modernos sistemas jurídico-políticos es la mediación social, que, a través de la democracia, se da entre Estado y sociedad civil. Por lo cual se podría afirmar que estos Estados de hecho, aún viviendo en el mundo contemporáneo, continúan operando, realmente, en base a elementos premodernos.

Por lo que toca a la relación entre Derecho Estatal y Derecho Internacional, los términos siguen siendo los mismos. A este punto, el Derecho Internacional, es el legitimador de todos y cada uno de los ordenamientos jurídicos estatales, como si la validez de éstos dependiera del reconocimiento que el primero les otorga. Quizás, sobre el particular, Kelsen nos quiera hacer olvidar que el Derecho Internacional, carente del fundamental elemento de la coercibilidad, no se puede considerar como un auténtico derecho, sino más bien, es visto como una ficción jurídica que, como tal, de acuerdo con Kelsen, tendrá como única obligación el de reconocer aquel ordenamiento jurídico estatal que, valga la redundancia, por sí mismo se haya legitimado. Partiendo de esta base se puede válidamente afirmar que el verdadero fundamento de validez de un Instituto Jurídico-Político es sin lugar a dudas un elemento fáctico, nunca una proposición lógico-formal, es decir, "el consenso o la fuerza"

-Concluyendo y a manera de corolario se podrían extraer dos importantes consideraciones. La primera, referente al gran contributo aportado por la "Teoría Pura del Derecho"; Kelsen, sin lugar a dudas, logró completar y sistematizar la moderna técnica jurídica, cerrando con esto una de las páginas más importantes de la historia del

Derecho. La segunda, relevante para las Ciencias Sociales, es la ulterior confirmación, por demás sofisticada, de la imposibilidad de explicar la moderna categoría jurídico-política fuera de su determinación histórica, toda vez que esto conlleva tanto el legitimar como jurídico cualquier poder capaz, con la fuerza, de imponer su voluntad, como el de elevar el contenido de estos institutos modernos al mundo de la ética o de la moral. Lógica e Historia, por más que se diga, siguen sosteniéndose recíprocamente.



- (1) Kant, "Scritti politici e di filosofia della storia", Torino, 1959. (Appendice all'Introduzione della dottrina del diritto). Kantorwics H.U., "La lotta per la scienza del diritto", Milano, 1908. Hart, "El Concepto del Derecho" Ed., Nacional, 1978 floss, "Diritto e Gistizia", Totino, 1965. G. Maynes, "El Problema de la Definición del Derecho", Stylo, México, 1948. Del Vecchio, "La Crisis della scienza del Diritto", Roma, 1934.
- (2) Cerroni U. "Introduzione alia scienza sociale", Editori Riuniti, 1976, p. 78.
- (3) Corrot orando estas consideraciones, el Dr. García Maynes sostiene, "Los presupuestos filosóficos del sistema (kelseniano) son de corte kantiano o, expresado con mayor rigor, neo-kantiano". "Ensayos filosófico-jurídicos", UNAM, México, 1984.
- (4) Cualquier replanteamiento de los problemas fundamentales de la ciencias jurídicas (y políticas) modernas, tiene necesariamente una cita con la doctrina kantiana ya sea en el caso que se dirija a confirmar la autonomía de la categoría jurídica, que cuando propenda hacia la reducción ética o exiológica, ya que Kant constituye, en la historia del pensamiento jurídico-político moderno, un eslabón esencial en la problemática del Derecho y el Estado al colocarse en el vórtice de la elaboración jusnaturalista en el proceso de separación que se da entre la vieja concepción metafísica y la nueva ciencia del derecho positivo, entre la subsunción lógico-medieval del derecho a las finalidades ultraterrenas y la articulación de un conocimiento racional que elabora la fundación laica y



- mundana del Derecho y el Estado (...). La gran parte de las discusiones sobre el Derecho se han desarrollado y tomado como base la temática diferencial precisada por Kant en su distinción, entre moral y derecho, acentuando o forzando las varias componentes de la solución kantiana" (Cerroni U., Kant e la fondazione de la categoria giuridica, Giuffre Editore, 1982, p. 1.)
- (5) H. Kelsen, "Teoría Pura del Derecho", UNAM, 1983, p. 15.
 - (6) H. Kelsen, Op. Cit., Prólogo a la primera edición, p. 9.
 - (7) H. Kelsen, "Teoría General del Diritto e dello Stato", Edizioni Comunità, 1972, p. 51.
 - (8) H. Kelsen, "Teoría General del Estado y del Derecho", UNAM, México, 1983 p. 129.
 - (9) Kelsen, Op. Cit., p. 11.
 - (10) Kelsen, Teoría Pural de Derecho, p. 89.
 - (11) Kelsen, Op. Cit. p. 100.
 - (12) Sobre el particular, es importante analizar el desarrollo teórico que hace Kelsen en las páginas 100 a 103 de su Teoría Pura.
 - (13) Kelsen, Op. Cit. p. 91, "El verbo "deber" en derecho —esto es, el término copulativo que, en el enunciado jurídico, enlaza condición con consecuencia— abarca los tres significativos: el estar ordenada, el ser facultada y el estar (positivamente) permitida la consecuencia; vale decir, con el último "deber" se designan las tres funciones normativas que expresa el enunciado jurídico. Este verbo "deber" sólo expresa el sentido específico en que se relacionan, mediante una norma (...) ambos hechos". (El subrayado de debido, es nuestro).
 - (14) Kelsen observa perfectamente el problema cuando afirma "el objeto de esas ciencias sociales no es irreal (...) sino que se trata de una realidad distinta de la natural, a saber, una realidad social. Ciencias Sociales de este tipo son la ética, o sea, la ciencia de la moral, y la jurisprudencia, la ciencia del derecho, Op. Cit. p. 100.
 - (15) Kelsen, Teoría General etc., p. 43.
 - (16) García Maynes E., "Ensayos filosóficos-jurídicos", UNAM, México, 1983, p. 242.
 - (17) Kelsen, "Tería General etc.", p. 129.
 - (18) Cerroni, Mar e il diritto moderno; E. Riuniti, III Edizione, 1972, p. 164.
 - (19) Para una profundización sobre el particular, envió a Kant, "La metafísica de las costumbres". Bobbio N., "Diritto e Stato nei pensiero di Emanuel Kant", Giappichelli —editori— torino, 1969. Cerroni U. Kant e la fondazione della categoria giuridica, Giuffré-editori, Milano, 1962.
 - (20) Kelsen, Teoría general etc., p. 139.
 - (21) Kelsen, Teoría general etc., p. 113.
 - (22) Kelsen, Teoría pura etc., p. 203.
 - (23) Kelsen, Teoría general etc., p. 133.
 - (24) Kelsen, Dottrina pura del diritto, pp. 166-168.
 - (25) Kelsen, Teoría general etc., p. 116.
 - (26) Kelsen, Op. Cit. pp. 117-118.
 - (27) Cerroni, Marx e il diritto etc., p. 172.
 - (28) Kantoewics H., La definizione del diritto, Torino, 1962, p. 69.
 - (29) Al respecto nos dice Bobbio, "Por lo tanto, como fundamento de la sistemática de las normas se encuentra un criterio de validez formal que se resuelve como un mero convencionalismo, mismo que en el curso del análisis nos revela como la informalidad es un ingrediente indispensable del derecho. Y que, como de costumbre, haciendo caso omiso de ella en la construcción de las categorías jurídicas comporta solamente reproducir como fundamento del derecho la naturalidad de la fuerza o la idealidad del principio ético". Bobbio, N., Il positivismo guiridico, Torino, 1961, pp. 259-260.
 - (30) Palazzolo, Osservazioni sulla teoría pura del diritto di Hans Kelsen, in archivio di studidi corporativi, 1941, p. 110.
 - (31) Kelsen H., Teoría Generale etc., p. 400.
 - (32) Kelsen H., Op. Cit. p. 114, ver también del mismo autor, La Teoría Pura del Derecho, p. 206.
 - (33) Próspero M., "Sistemática e Storicità: Il Diritto in Kelsen e Marx". Sintesis de la tesis sustentada por el autor de la Facoltà del Magisterio, Università degli Studi di Roma, Roma, 1983, p. 18.
 - (34) Kelsen, Teoría Generale etc., p. 118.
 - (35) Kelsen, Op. Cit., p. 119.
 - (36) Kelsen, Op. Cit., p. 120.,
 - (37) Kant, Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto, Torino, 1959, pp. 405-406.
 - (38) Cerroni U., Marx e il diritto etc., p. 179.
 - (39) Kelsen H., Teoría pura etc., p. 61. Este problema es claramente visto cuando el autor sostiene que: "un orden coactivo, es considerado como orden jurídico, cuando es más efectivo que el orden coactivo constituido por la banda de ladrones.