

LA EVOLUCION DEL CONCEPTO KELSENIANO DE NORMA JURIDICA*

Hendrik van Eikema Hommes

1. INTRODUCCIÓN

Existen en el momento actual pocos filósofos del derecho cuyas teorías hayan ejercido una influencia sobre la filosofía del derecho y sobre la teoría jurídica comparable con la que ha tenido sobre ellas el pensamiento jurídico de Hans Kelsen. Su «teoría pura del derecho» ha hallado muchos seguidores, así como muchos adversarios, y aún en nuestros días sigue siendo un tema discutido por los estudiosos del derecho. El planteamiento radicalmente iuspositivista de Kelsen, que se basa en el fundamento lógico-trascendental neokantiano de la experiencia jurídica, así como en la rígida distinción entre «Sein» y «Sollen» en el sentido kantiano tradicional, ha suscitado una dura crítica. Especialmente, los defensores del derecho natural en el sentido metafísico tradicional y los partidarios de otras teorías jurídico-materiales del derecho, se han opuesto al planteamiento jurídico puramente formal de las normas jurídicas que se encuentra en Kelsen. Rechazan su eliminación de todo principio jurídico material y no arbitrario del concepto del derecho, así como su reducción del concepto de norma jurídica por parte de órganos jurídicos, al margen de la cuestión de que si el contenido de las reglas se basa en principios jurídico-materiales o no. Según Kelsen, estos elementos jurídico-materiales han de ser eliminados del campo de la teoría jurídica. Pertenecen a la esfera de la moralidad y de las convicciones políticas, y éstas no tienen cabida en la teoría jurídica como tal.

* Traducción de Alban d'Entremont.

Kelsen acusa a los teóricos del derecho —tanto a los del siglo diecinueve como a los del veinte e incluso a los positivistas— de un sincretismo metódico. Mezclan en la teoría jurídica elementos socio-lógicos, psicológicos, éticos, políticos y hasta ideológicos. Por su parte, busca elevar la teoría del derecho al nivel de una ciencia genuina, vigorosamente objetiva y metodológicamente segura; a una «teoría pura».

Kelsen inició este proyecto en su primera obra importante, titulada *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, publicada en 1911. Lo desarrolló en muchas publicaciones posteriores, de las cuales podemos mencionar su *Reine Rechtslehre* (1934), cuya segunda edición ampliada data de 1960 y, finalmente, su *Allgemeine Theorie der Normen*, obra póstuma publicada en 1979.

2. UNA CARACTERIZACIÓN GLOBAL DEL DESARROLLO DE LA CONCEPCIÓN DE KELSEN, ASÍ COMO UNA CONCLUSIÓN PROVISIONAL

Tal como lo veo, estas obras revelan el siguiente desarrollo del concepto de las normas jurídicas en Kelsen. La aplicación inicial del dualismo kantiano de «Sein» y «Sollen», así como el planteamiento lógico-trascendental de las normas jurídicas, son gradualmente modificados mediante el reconocimiento creciente de la estructura *no lógica* de las normas jurídicas, y por la profundización en torno al punto muerto al cual es conducido el pensamiento jurídico por el rígido dualismo de «Sein» y «Sollen».

Si es correcta esta caracterización, entonces demuestra este desarrollo, en mi opinión, que el fundamento *lógico-trascendental* de las normas jurídicas en una categoría lógica o forma de conocimiento («Zurechnung») —como alega Kelsen—, ha de ser reemplazado por una reflexión crítico-trascendental acerca del sentido *no lógico*, irreductible y propio del «modus» jurídico de la sociedad humana. Dentro de este modo jurídico de ser —que en mi opinión contiene las condiciones universalmente válidas y necesarias y los límites de cualquier derecho positivo y de nuestra experiencia jurídica, y que por ello tiene un carácter *trascendental*—, hemos de distinguir una vertiente normativa y una vertiente factual (sujeta a la anterior), íntimamente correlativas, que reemplace el dualismo insostenible del «Sollen» y «Sein» en el sentido kantiano.

Me parece que la distinción neta que hace Kelsen en su última obra entre los principios lógicos y las normas jurídicas ha de llevar al rechazo de la «Grundnorm» como fundamento lógico-trascendental de

la unidad y validez de cualquier orden jurídico, a la vez que su teoría del substrato modalmente indiferente («modal indifferentes Substrat») es, de hecho, un reconocimiento de lo insostenible que resulta el dualismo kantiano de «Sein» y «Sollen».

3. EL CONCEPTO DE VOLUNTAD Y ATRIBUCIÓN JURÍDICAS EN EL «HAUPTPROBLEME»

En su *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (1911; segunda edición, 1923), Kelsen somete a una durísima crítica los conceptos de norma jurídica entonces de moda en Alemania, sobre todo la teoría psicológica de la voluntad (Zitelmann) y la teoría del «Anerkennungs» (Bierling). Demuestra, mediante argumentos coherentes, que el concepto psicológico de la voluntad, tan fundamental en las teorías de los imperativos jurídicos, es inútil en la teoría jurídica (*op. cit.*, pág. 107 y ss.). Muestra acertadamente que el concepto de voluntad en la teoría del derecho no se relaciona con los deseos emocionales, sino con una atribución jurídica normativa («Zurechnung») (*op. cit.*, pág. 121 ss.). La voluntad, ciertamente, funciona en un orden jurídico como punto terminal de la atribución jurídico-normativa. Con respecto a las normas jurídicas, el punto terminal de la atribución jurídica ha de ser la voluntad jurídica ordenadora de un órgano o autoridad jurídica competente. En esta voluntad ordenadora, las normas jurídicas reciben su forma positiva y funcionan como derecho positivo.

Kelsen ha visto estas condiciones universalmente válidas y necesarias del derecho positivo (en este sentido: trascendentales), pero debido a su premisa kantiana en lo que se refiere al dualismo de «Sein» y «Sollen», él mismo está obligado a considerar la voluntad jurídica ordenadora como fuente del derecho positivo, pero no como parte de la «realidad», del «Sein», sino como una construcción puramente intelectual, teórica, a la cual no corresponde nada en «realidad». Perteneció a la realidad del «Sein» —dice— la voluntad en el sentido psicológico. Aquí la voluntad está determinada por necesidades naturales y por una «causalidad» natural. La voluntad jurídica, no obstante, es una voluntad normativa y pertenece al orden del «Sollen», que se fundamenta en la «atribución» como modo independiente de conocimiento que es completamente diferente al modo de «causalidad» que es característico del orden de la «realidad» («Sein»). Ya que la atribución como modo original del conocimiento ostenta un carácter intelectual y lógico, la voluntad jurídica como punto terminal de la atribución de normas jurídicas puede, según Kelsen, ser únicamente una *construcción* intelectual y lógica, el resultado de un pensamiento lógico

(«Urteile»). Kelsen lo formula de la manera siguiente: «La voluntad de la teoría jurídica no contiene un acto real psíquico en el mundo de los hechos *objetivos* —siendo éste el caso cuando este concepto ha sido formado mediante la abstracción sobre la base de actos volitivos cualitativamente diferentes—, sino que es una construcción en el sentido de una abstracción que resulta de ciertos procesos intelectuales, esto es: *proposiciones lógicas* («Urteile») dentro del mundo *subjetivo* de la persona misma que piensa abstractamente» (*op. cit.*, págs. 182-183).

La atribución y la voluntad jurídica son formas lógicas de pensamiento y gracias a su ayuda los hechos empíricos reciben una cualificación jurídico-normativa y se conectan en las normas jurídicas.

4. LA VOLUNTAD ESTATAL Y LA NORMA JURÍDICA COMO «RECHTSSATZ» EN EL «HAUPTPROBLEME»: DERECHO Y ESTADO IDENTIFICADOS

Kelsen atribuye toda norma jurídica, en el «Hauptprobleme», a la voluntad jurídica del Estado (legislación). Esta voluntad del Estado no es sino el punto terminal, intelectualmente construido, de toda «línea atributiva» («der gemeinsame Treffpunkte aller Zerechnungslinien») (*op. cit.*, pág. 183 ss.). El Estado «quiere» en la legislación lo que le es «atribuido». Pero, ¿qué es lo que es atribuido al Estado? Sus *proprios* actos, nada más, porque la atribución puede ser extendida únicamente al comportamiento propio. Kelsen concluye que las normas jurídicas del Estado se dirigen solamente a los actos de los órganos estatales y no pueden ser imperativos directamente relacionados con el comportamiento de los sujetos jurídicos.

Una consecuencia de que Kelsen tome como punto de partida la idea neokantiana de la atribución como forma de pensamiento lógico que conecta los hechos empíricos en relación al «Sollen», es su tesis de que las normas jurídicas —como expresión de la voluntad jurídico-normativa del Estado dirigida a los actos propios del Estado por medio de sus órganos— son *proposiciones lógicas hipotéticas* («hypotetische Urteile»). Lo jurídico («Du sollst...») es, para él, una proposición, en la que «Du» funciona como sujeto lógico y «sollst» como predicado lógico (*op. cit.*, págs. 211 y 255). La proposición es hipotética, porque la norma jurídica formula una cierta condición jurídica («Bedingung»), de la cual sigue como consecuencia un cierto comportamiento de los órganos del Estado, al cual están obligados estos últimos. La norma jurídica como proposición hipotética se llama «Rechts-

satz», término éste que denota claramente el carácter teórico-lógico de la norma jurídica.

Kelsen distingue entre el sentido amplio y el sentido estricto de «Rechtssatz». El sentido amplio («Rechtssatz in weiteren Sinne») comprende toda posible voluntad estatal en torno a los actos propios del Estado. Por ejemplo, el deber del Estado de construir ferrocarriles, proteger a los pobres, atender a las viudas, anunciar los resultados oficiales de unas elecciones, etc. (*op. cit.*, pág. 251). La noción de «Rechtssatz» en sentido estricto («Rechtssatz im engeren Sinn») queda restringida al deber de los *órganos estatales* de ejercer la compulsión mediante la sanción o la petición de resarcimiento de daños por comportamiento antijurídico («tort», «Unrecht»). El comportamiento humano calificado de antijurídico no es el contenido, sino la condición de la voluntad estatal. El deber de los *sujetos* puede lógicamente ser construido como el contrario lógico de los «tort» como condición para que se produzca la sanción del Estado. La norma jurídica es primariamente una regla de comportamiento del Estado que contiene el deber del Estado. Implica un deber jurídico de los sujetos únicamente en un sentido secundario (*op. cit.*, págs. 251, 206-207).

Una consecuencia lógica del concepto de Kelsen con respecto a la norma jurídica y en relación con el dualismo kantiano de «Sein» y «Sollen», es la identificación, en el sentido jurídico, del Estado con el sistema de derecho. El dualismo de «Sein» y «Sollen» le lleva a una distinción neta entre, por un lado, la sociedad humana como fenómeno social («Sein») y, por otro, el Estado en un sentido jurídico-normativo («Sollen»). Esto significa que el Estado en su sentido jurídico-normativo no puede tener un fundamento empírico social, sino que ha de ser idéntico con el orden jurídico; una conclusión todavía no vislumbrada en *Hauptprobleme* (*op. cit.*, pág. 233), pero sí con toda claridad en la *Reine Rechtslehre* (1934); (cfr. el prefacio de la segunda edición de *Hauptprobleme*, pág. XX, 1923, en el que Kelsen menciona publicaciones anteriores en las que ya había llegado a esta conclusión).

5. LA VOLUNTAD ESTATAL NORMATIVA COMO PORTADORA, FUENTE Y UNIDAD DEL ORDEN JURÍDICO: EL LOGICISMO Y POSITIVISMO LEGAL DE KELSEN

Si el Estado, en un sentido jurídico-normativo, es idéntico al sistema jurídico, entonces ¿cuál podría ser el *portador* («Träger») del orden jurídico? ¿Cuál es su *forma genética* (fuente) y qué constituye la *unidad* jurídica de este orden? De hecho, sólo una respuesta es

posible en *Hauptprobleme*, concretamente la construcción teórica de la *voluntad estatal* normativa. Aquí la concepción lógico-transcendental de Kelsen acerca de la atribución como forma de conocimiento, en la que el «Sollen» jurídico está construido teóricamente al margen de la realidad social, su construcción de la voluntad jurídica como punto terminal de la atribución y su identificación del derecho con el Estado forman, conjuntamente, un gran círculo cerrado. La *voluntad estatal* normativa es una construcción puramente intelectual que, abstraída de la realidad social y por tanto puramente ficticia, funciona como *portadora, fuente y unidad* del orden jurídico.

En esta concepción logicista de la voluntad jurídica, encaja perfectamente la descripción de la norma jurídica como *proposición hipotética* («Rechtssatz»): el pensamiento lógico sólo puede funcionar por medio de proposiciones lógicas. La concepción de la norma jurídica como proposición hipotética y la construcción de la voluntad jurídica del Estado como portadora, fuente y unidad del orden jurídico, son completamente paralelas y la una presupone la otra.

Kelsen, en su aproximación logicista del *Hauptprobleme*, ha eliminado, de forma radical, cualquier elemento jurídico-material del concepto de norma jurídica. Como veremos más adelante con respecto a otro concepto, la legislación del Estado y otras formas genéticas de las normas jurídicas tienen, de hecho, un aspecto *lógico-analítico*, según el cual pueden funcionar como proposiciones lógicas sujetas a principios lógicos. Pero este aspecto lógico no es nunca decisivo en cuanto a la cuestión de que si la ley u otras fuentes jurídicas dan lugar, en realidad, a normas jurídicas válidas o no. Para esto, es esencial no sólo la producción jurídica por órganos jurídicos competentes en cuanto a su *voluntad jurídica* (que puede no ser vista como una construcción lógica), sino que también se necesitan principios jurídico-materiales que determinan el contenido de las reglas jurídicas y su validez jurídico-material. Ambos, la producción jurídica por parte de órganos competentes y los principios jurídico-materiales, son constitutivos de las normas jurídicas. Ningún principio jurídico-material puede funcionar como norma jurídica, independientemente del proceso de la producción jurídica de los órganos legales. Al contrario, ninguna producción jurídica puede producir normas jurídicas sin principios jurídico-materiales que determinen su contenido. Sólo en esta coherencia interna de los principios jurídicos y de producción jurídica, poseen un *carácter no-lógico, intrínsecamente jurídico*, los elementos de la competencia jurídica, del órgano jurídico, de la voluntad jurídica, etc.

Lo que ha suscitado tanta oposición a la teoría de Kelsen ha sido la eliminación radical de todo elemento jurídico-material del concepto de norma jurídica, y la absolutización y logicización de la producción

jurídica en la voluntad de ordenación jurídica del Estado. En el prefacio de la *Reine Rechtslehre* (1934), el mismo Kelsen habla de una oposición que raya en el odio.

6. LA CONCEPCIÓN DE LA «GRUNDNORM» EN LA «REINE RECHTSLEHRE» (1934)

Después de *Hauptprobleme*, Kelsen siguió elaborando su teoría positivista-radical acerca de las normas jurídicas. Por un lado, mantuvo la línea del planteamiento lógico-trascendental, pero no obstante por otro lado vemos cierta marcha atrás con respecto al planteamiento logicista de las normas jurídicas.

En 1934 Kelsen publicó su famoso libro *Reine Rechtslehre*, una obra brillantemente escrita, que contiene una exposición accesible de su teoría «pura» acerca de las normas jurídicas, así como su crítica de las distinciones tradicionales entre Derecho y Estado, Derecho público y privado, Derecho y Sujeto de Derecho, etc., que resultan de su concepto de las normas jurídicas. Ahora, reconoce claramente el carácter *lógico-trascendental* del «Sollen» jurídico, lo cual es ciertamente consecuencia del fundamento de este «Sollen» en un modo de conocimiento. Aquí se nota claramente la influencia del pensador neokantiano Hermann Cohen. Muy importante, además, es el énfasis que pone Kelsen en la estructura dinámica de la producción jurídica en el proceso de niveles de producción más altos y más bajos, y de aplicación de las normas jurídicas —un planteamiento que falta en la concepción algo estática de «Rechtssatz» en *Hauptprobleme*. Sobre este punto Kelsen sigue a su discípulo Adolf Merkl, quién fue el primero en desarrollar la llamada «Stufentheorie» acerca de los varios niveles de producción jurídica dentro de un orden jurídico. En conexión con la postura lógico-trascendental del «Sollen» («Zurechnung»), esta teoría sobre la jerarquía de «Stufen» más altos o más bajos de producción jurídica por parte de los órganos legales, lleva a la hipótesis lógico-trascendental de la *norma fundamental* («Grundnorm»). Esta «Grundnorm» es el presupuesto teórico necesario para entender («Verstehen») la unidad y validez del orden jurídico. Ningún sistema de derecho positivo puede ser explicado sin la hipótesis teórica no positiva de una norma fundamental, que indica que ha de ser considerado como derecho positivo («Zwangsordnung») todo aquello que el órgano de producción jurídica original y constitucional («das historisch erste verfassungsgebende Organ») y todos los órganos jurídicos delegados e inferiores producen como ley mediante su voluntad jurídica (*op. cit.*, pág. 62 ss.).

7. UNA PRIMERA DISTINCIÓN ENTRE NORMAS JURÍDICAS Y EL PENSAMIENTO LÓGICO. LA DIFERENCIA ENTRE EL ORDEN MORAL Y EL ORDEN JURÍDICO. EL CONCEPTO DE «ALTERNATIV-VORSCHRIFT»

En esta concepción de la «Grundnorm», están implícitos dentro del derecho positivo, una unidad de pensamiento lógico y el proceso de producción jurídica. El derecho positivo recibe su unidad y su validez jurídicas de una presuposición lógica teórica. Esta es la conclusión coherente que surge de la fundamentación del derecho positivo en una forma de conocimiento lógico-trascendental. Lleva no obstante a tensiones irresolubles en un concepto de norma jurídica, tan pronto como la diferencia estructural entre el pensamiento lógico y la producción jurídica positivo-legal llega a ocupar, cada vez más, una posición central en el pensamiento de Kelsen en sus últimos años. En la *Reine Rechtslehre* de 1934 ya aparece esta distinción, cuando Kelsen subraya la diferencia funcional entre el derecho como norma jurídica, y la teoría jurídica como algo que se dirige al conocimiento teórico de las normas («Indem man das Recht als Norm bestimmt und die Rechtswissenschaft (die eine von der Funktion der rechtssetzenden und rechtsanwendenden Organe verschiedene Funktion ist) auf die Erkenntnis von Normen beschränkt...», *op. cit.*, pág. 9).

En esta obra hace además una distinción entre el sistema de normas *morales* y el sistema de normas *jurídicas*. Las normas morales —dice— pueden ser deducidas lógicamente de la norma moral básica. El sistema legal, sin embargo, no puede ser deducido lógicamente de la «Grundnorm» jurídica, porque la función de ésta queda restringida a la institución del nivel más elevado y original de producción jurídica, del cual parten los procesos dinámicos de los niveles de producción jurídica más bajos («Aus diesser Grundnorm lassen sich die einzelnen Normen des Rechtssystems nicht logisch deduzieren», *op. cit.*, pág. 64). La consecuencia de este planteamiento es que una norma jurídica delegada cuyo contenido o forma genética sea lógicamente contraria a la norma que delega, no es nula (como sería el caso si la deducción lógica fuera decisiva), sino legalmente válida hasta que sea anulada o derogada de acuerdo con la forma legal prescrita. A la pregunta ¿cómo se puede mantener la unidad del orden jurídico como un sistema lógicamente cerrado de normas («eines logisch geschlossenen Systems von Normen»), si existe una contradicción lógica entre dos normas de distintos niveles en este sistema?, contesta Kelsen que la norma «ilegal» (con su «Normwidrigkeit», «Verfassungswidrigkeit», «Gesetzeswidrigkeit» o, mejor todavía, «Mangel» o «Fehlerhaftigkeit»; *op. cit.*, pág. 87), retiene su validez jurídica, porque la norma del nivel más

alto ha de ser considerada como una *regla alternativa* («Alternativ-Vorschrift»), que delega al nivel inferior la competencia de producir no sólo una norma que esté lógicamente en armonía con la norma que delega, sino también una norma que lógicamente la contradiga. Aunque la norma que contradice queda descalificada por cuanto el sistema legal contiene un procedimiento para abolir la norma «ilegal» o para castigar al órgano responsable, la norma «ilegal» continúa teniendo fuerza («Rechtskraft») y validez jurídicas hasta su abolición (*op. cit.*, pág. 88). Aquí Kelsen se adhiere a una versión de la conocida doctrina del «Fehlerkalkül» desarrollada por Merkl en su libro *Die Lehre von der Rechtskraft* (1923). La doctrina de la «regla alternativa» lleva sin embargo al resultado de que la norma que delega sea en sí una norma lógicamente contradictoria, ya que delega, al mismo tiempo, la producción de una norma jurídica que está en armonía con su propia prescripción, y otra que no lo está.

La construcción de la «regla alternativa» contradictoria muestra por un lado la apertura de Kelsen de cara a los estados no lógicos y reales de los asuntos de derecho positivo, en los que el fenómeno de la fuerza jurídica de una norma delegada contraria a la norma que delega no se puede negar. Pero por otro lado, muestra también que mantiene el enfoque logicista del fundamento lógico-trascendental del derecho positivo como una forma lógica de conocimiento. Este punto de partida logicista se vuelve a afirmar en un punto particular que, en mi opinión, no guarda consistencia con el resto de la teoría de la «regla alternativa». Me refiero a la tesis de Kelsen de que la «Normwidrigkeit» de la norma «ilegal» no sólo supone su posible abolición en el proceso de producción jurídica («ihre Vernichtbarkeit durch einen anderen Rechtsakt»), sino también su negación como norma válida en la teoría jurídica (!); la eliminación de la apariencia de norma válida («Ihre Nichtigkeit, d. i. ihre Negation als gültige Norm durch die Rechtserkenntnis, die Auflösung des Scheins einer gültigen Rechtsnorm», *op. cit.*, pág. 89). Esta negación es una superación logicista de los límites entre la producción jurídica positiva y sus principios de fuerza y teoría jurídicas.

8. LA DISTINCIÓN ENTRE NORMA JURÍDICA Y «RECHSSATZ» EN «REINE RECHTSLEHRE» (1960). LA NUEVA CONCEPCIÓN DE LA VOLUNTAD Y LA ATRIBUCIÓN JURÍDICAS

La siguiente etapa en el desarrollo de la concepción del Kelsen de la norma jurídica y de su relación con principios lógicos se halla en la segunda edición de su libro *Reine Rechtslehre*, que se publicó en

1960. Y no concibe la norma jurídica como una proposición lógica hipotética («Rechtssatz») como lo hacía en la primera edición de 1934 (*op. cit.*, pág. 22), sino que ahora establece una clara distinción entre: a) las normas jurídicas («Rechtsnormen»), que son imperativos legales producidos en el proceso de formación jurídica por parte de órganos legales competentes, y b) «Rechtssätze» hipotéticas, que son formuladas por la teoría jurídica que estudia el derecho positivo. Las normas jurídicas tienen una función *prescriptiva*, no «enseñan»; las proposiciones hipotéticas («Rechtssätze») de la teoría jurídica sólo *describen* las normas jurídicas válidas; carecen de cualquier función prescriptiva (*op. cit.*, pág. 74).

Lo que lleva a Kelsen a distinguir entre «Rechtssätze» y «Rechtsnormen» es, sin duda, el reconocimiento creciente de la diferencia estructural entre la función lógica del pensamiento teórico y la estructura no lógica que es propia del proceso de producción de normas. Va al unísono el abandono del concepto de la norma jurídica como proposición hipotética, con el abandono de la construcción teórica de la voluntad estatal como portadora, fuente y unidad ficticias del orden jurídico. Ya en su primera edición de la *Reine Rechtslehre*, no encontramos la voluntad ficticia como punto terminal, teóricamente construido, de la atribución de las normas jurídicas. Ya hablaba Kelsen de la norma en términos de contenido significativo específico («spezifischer Sinngehalt») que no es idéntico al acto psíquico en que la norma es deseada o concebida («etwas anderes... als der psychische Akt, in dem sie (die norm) gewollt oder vorgestellt wird») (*op. cit.*, pág. 6). Pero en la segunda edición Kelsen acepta claramente sólo la *voluntad psíquica* de los individuos humanos como los verdaderos portadores y la fuente de las normas jurídicas. Cada «Sollen» jurídico llega a su existencia mediante una «Wollen» psíquico. La voluntad psíquica es el hecho de la naturaleza («Seinstatsache») que funciona como la verdadera fuente del contenido de significado de las normas jurídicas. Puesto que la voluntad psíquica puede ser dirigida intencionalmente al comportamiento de otros, la norma («Sollen») puede ser descrita como el significado normativo de un acto intencionalmente dirigido al comportamiento de otros («der normativ Sinn eines intentional auf das Verhalten anderer gerichteten Aktes») (*op. cit.*, pág. 5). Como tales, los «Sollen» en la «Wollen» psíquica sólo tienen un sentido «subjetivo». La orden de un atracador de que se le dé dinero, es también un «Sollen» en una intención puramente subjetiva. El «Sollen» obtiene el status objetivo de una *norma jurídica con validez legal* si el acto de la voluntad, en la que el «Sollen» llega a existir, se expresa por uno o más individuos, que reciben la *competencia* o *autoridad* para producir la norma de otra norma más alta que delega. Por medio de

esta función de delegación de la norma más elevada, los individuos a los que se ha delegado reciben la cualidad normativa de órganos jurídicos competentes. A través de esta función, la voluntad psíquica adquiere la cualidad normativa de fuente de derecho. De esta manera Kelsen conecta su nueva percepción de la voluntad con la teoría de la jerarquía jurídica de los distintos niveles de la producción de normas dentro del orden jurídico («Stufentheorie»).

Al abandonarse la construcción teórica de la voluntad estatal como portadora, fuente y unidad del sistema legal, no desempeña papel alguno la atribución que se relaciona con ese sistema. Encontramos, en la primera edición de la *Reine Rechtslehre*, sólo un cierto parecido de la atribución de las normas jurídicas con respecto a la unidad ficticia de la voluntad estatal, en el concepto de la «atribución central», que utiliza Kelsen para explicar la relación de los actos de individuos como órganos de una persona jurídica («Rechtsperson») con la unidad del orden jurídico que constituye la unidad de la persona jurídica. En la segunda edición, introduce, para esta relación, el término «Zuschreibung» (*op. cit.*, págs. 162 y 185 ss.). Kelsen subraya de nuevo el carácter ficticio de esta construcción teórica (1.^a edición, pág. 57; 2.^a edición, pág. 184). El término «atribución» («Zurechnung») queda ahora restringido a la relación normativa de la consecuencia jurídica con la condición jurídica, es decir, a la relación normativa entre dos hechos («Tatbestände») dentro de una regla jurídica (en la primera edición Kelsen llama a ésto la atribución «periférica»; *op. cit.*, pág. 57). Esta relación normativa de atribución se identifica ahora con la forma lógico-trascendental de conocimiento, que funda todos los «Sollen» jurídicos (*op. cit.*, pág. 79 ss.).

9. LAS CONSECUENCIAS DE LA NUEVA CONCEPCIÓN DE KELSEN ACERCA DE LA NORMA JURÍDICA DE CARA A SU TEORÍA DE LA «GRUNDNORM»

Hemos visto que Kelsen se vio obligado a abandonar su teoría de la norma jurídica como proposición hipotética («Rechtssatz») al convencerse de las diferencias estructurales entre las normas jurídicas y los principios lógicos. En un punto, sin embargo, su planteamiento inicial kantiano en lo que se refiere a la atribución como forma lógico-trascendental de conocimiento («Sollen») le lleva a mantener la norma como proposición hipotética; a saber, en la construcción de la «Grundnorm». Kelsen tiene que hacer esta excepción en la distinción entre «Rechtsnorm» y «Rechtssatz», porque la «Stufentheorie» en conexión con el «Sollen» como forma trascendental de conocimiento

lleva a la «Grundnorm» como proposición lógico-trascendental de todo el derecho positivo («transzendental logische Voraussetzung») (*op. cit.*, pág. 204). Según el planteamiento del «Sollen» como forma lógico-trascendental de conocimiento, la «Grundnorm» es, como ya sabemos, la hipótesis lógicamente necesaria y teóricamente construida para la unidad y validez del orden jurídico. La «Grundnorm» es en este sentido una norma ficticia, por cuanto es una construcción teórica. Ya que cada norma, según Kelsen, llega a su existencia por un acto de voluntad, la conclusión inevitable es que la «Grundnorm» ficticia presupone una voluntad ficticia. El propio Kelsen llega a esta conclusión algunos años después de la publicación de la segunda edición de la *Reine Rechtslehre*, en su contribución a la *Festschrift* en honor de H. C. Nipperdey (1965), pág. 57 ss. (*Zum Begriff der Norm*), donde dice: «Kein Sollen ohne ein —wen auch nur fingiertes— Wollen», y en su última obra, *Allgemeine Theorie der Normen*: «La 'Grundnorm' de un orden positivo moral o jurídico no es... ninguna norma positiva, sino una norma puramente intelectual, y esto significa una norma ficticia, el significado de un acto no verdadero, sino puramente ficticio de la voluntad» (*op. cit.*, pág. 206). Es realmente notable que las construcciones paralelas en el *Hauptprobleme*, de la norma jurídica como proposición hipotética y de la voluntad jurídica como unidad de atribución de toda norma jurídica, vuelvan a juntarse en la última concepción de Kelsen acerca de la «Grundnorm». Es asimismo digno de subrayar que la construcción teórica de la voluntad estatal como la portadora, fuente y unidad ficticias del orden jurídico, tal como se desarrolló en *Hauptprobleme*, den lugar, en la segunda edición de *Reine Rechtslehre* y en *Allgemeine Theorie der Normen*, a la voluntad psíquica de los individuos como los verdaderos *portadores y fuente* del contenido de significado de las normas jurídicas (aquí la voluntad llega a ser un hecho de la naturaleza, un «Seinstatsache»); esa voluntad estatal, no obstante, se mantiene como base lógico-trascendental de la *unidad y validez* del orden jurídico («Sollen»), que se identifica con el Estado.

Pero esta última concesión a su viejo punto de partida logicista lleva indudablemente a tensiones internas, con el rechazo de Kelsen de la norma como proposición hipotética («Rechtssatz») y su distinción entre normas jurídicas y principios lógicos en sus últimos años. Porque parece ser que uno tiene que escoger: o bien, a) el orden jurídico deriva su unidad y validez jurídicas de una proposición hipotética —en cuyo caso todas las normas jurídicas habrían de ser «Rechtssätze (el planteamiento inicial de Kelsen)—; o bien, b) la doctrina de las «Rechtssätze» ha de ser rechazada radicalmente y ser sustituida por la estructura no lógica de las normas jurídicas pero entonces habría

que abandonar la hipótesis teórica de la «Grundnorm» como base de la unidad y validez del orden jurídico. En este caso es necesario un nuevo planteamiento trascendental del «Sollen» jurídico. Porque entonces el fundamento último del orden jurídico ya no se puede buscar en una construcción teórica, sino que se encuentra en un *principio jurídico* intrínseco, no lógico. Este principio jurídico como *modo de ser no lógico* ha de tener un carácter trascendental, no en el sentido de un modo kantiano de conocimiento (una categoría lógica), sino en el sentido de fundamento y límite jurídico-material, universalmente válido y necesario, de cualquier orden positivo jurídico y de nuestra experiencia jurídica.

10. EL DUALISMO DE «SEIN» Y «SOLLEN» EN KELSEN. LAS ANTINOMIAS DE ESTA CONCEPCIÓN

Tal planteamiento nuevo, que rompe radicalmente con el fundamento neo-kantiano del «Sollen» jurídico como una forma lógico-trascendental de conocimiento, tiene también consecuencias importantes para el dualismo kantiano del «Sein» y del «Sollen». Esto se verá claramente por la manera en que Kelsen opera con este dualismo. Su concepción del «Sollen» jurídico como forma lógico-trascendental de conocimiento excluye todo hecho, el campo del «Sein», del orden jurídico normativo.

Ahora se abren dos caminos para que la teoría jurídica pueda funcionar con fenómenos jurídicos. Estos pueden ser explicados como normas jurídicas, o han de ser reducidos a hechos puros de la naturaleza («Seinstatsachen») subsumidos bajo el orden de la causalidad natural («Kausalgesetzliche Ordnung der Natur»). Kelsen ha seguido ambos caminos. Así, reduce la subjetividad jurídica —incluyendo la persona jurídica («Rechtsperson») —, los derechos subjetivos en el sentido de derechos de disposición (*iura in rem*) y derechos de reclamación (*iura in personam*), etc., a complejos de normas jurídicas. Por otro lado, se concibe como un hecho de la naturaleza, como hemos visto, la voluntad jurídica como forma genética de las normas jurídicas. Lo mismo se dice del comportamiento humano —los actos humanos—, al que se han de aplicar las normas jurídicas. El comportamiento como tal, pertenece al orden de «Sein». Además, Kelsen considera la aplicación real de las normas jurídicas por los órganos legales y la obediencia actual de los sujetos a las normas jurídicas, como la «efectividad» («Wirksamkeit») del orden jurídico, que, como parte del dominio de «Sein», ha de distinguirse radicalmente de la validez norma-

tiva de las normas jurídicas, la cual es la existencia normativa de las normas («Sollen»).

Esta manera de tratar el dualismo de «Sein» y «Sollen» lleva a la teoría de Kelsen a antinomias insolubles. Consideremos en primer término la relación entre validez y efectividad. Kelsen enseña que un sistema jurídico sólo puede ser válido si sus normas jurídicas se aplican generalmente («im grossen und ganzen»). En otras palabras, si es efectivo. La efectividad es condición para la validez jurídica en este sentido: «que un orden jurídico en su totalidad y una norma individual, ya no pueden ser considerados como válidos si dejan de ser efectivos» (*Reine Rechtslehre*, segunda edición, págs. 218-219). Pero esta concepción es antinómica. Si «Sein» y «Sollen» son dos modos lógicos de conocimiento completamente distintos, que constituyen dos esferas diferentes de ser, ¿cómo puede la validez normativa depender del hecho puro de la efectividad? Los hechos de la naturaleza sólo pueden ser determinados por leyes de la naturaleza. Como tales, no ofrecen ningún punto de contacto para las normas y su validez.

La misma antinomia está presente en la relación entre los actos psíquicos de la voluntad como formas genéticas, y las normas jurídicas como su contenido de significado normativo. ¿Cómo puede la voluntad psíquica, determinada como está por las leyes psíquicas de la vida emocional, tener un contenido de significado psíquico, normativo-jurídico? Aunque Kelsen enseña: ninguna norma sin voluntad («Kein Sollen ohne ein Wollen»), ha de admitir, en una manera contradictoria, que la validez de una norma jurídica sigue existiendo cuando la voluntad actual del órgano ha desaparecido (*Reine Rechtslehre*, segunda edición, pág. 7). También surge la cuestión de cómo el acto psíquico de la voluntad puede obtener la cualidad normativa de fuente de derecho. La voluntad psíquica no ofrece ningún punto de contacto con las normas más altas que delegan, mediante el cual éstas pudieran convertir a aquélla en la forma genética de normas delegadas de más bajo nivel.

La manera en la cual Kelsen conecta «hechos» y «normas» en estos casos resulta imposible según el dualismo radical entre «Sein» y «Sollen» en el sentido kelseniano. El autor danés Alf Ross ha puesto de relieve el punto muerto metódico al cual lleva el pensamiento teórico mediante la aplicación de este dualismo: «Si los 'Sein' y 'Sollen' son dos formas específicas y absolutamente distintas, entonces tienen necesariamente que determinar dos esferas específicas de contenido absolutamente diferentes. Lo que puede ser aprehendido en la forma de *Sollen* es también, de acuerdo con su *contenido*, un *Sollen* y *nada más*. Pero la idea fundamental de Kelsen es precisamente la de aprehender en la forma meramente abstracta de Sollen, cierto con-

tenido empírico de la realidad como «válido», lo que constituye una mezcla imposible de forma y de contenido» (*Towards a Realistic Jurisprudence*, 1946, págs. 42 ss. *Vid.* también su *Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis*, 1933, págs. 52-53).

11. LA CONCEPCIÓN DE KELSEN ACERCA DEL SUBSTRATO MODALMENTE INDIFERENTE EN «ALLGEMEINE THEORIE». NINGUNA SOLUCIÓN REAL.

A esta objeción ha contestado Kelsen en su *Reine Rechtslehre* de 1960, en lo que se refiere a la posibilidad de aplicar normas (jurídicas) a los hechos. Dice que las normas han de aplicarse al comportamiento humano como hechos, constituyéndose así como el valor («Wert») de éstos. «Una norma objetivamente válida, que ordena cierto comportamiento como 'lo-que-debería-ser-realizado' («die ein bestimmtes Verhalten als gesollt setzt»), constituye un valor positivo o negativo. El comportamiento que se corresponde con la norma tiene un valor positivo; el que es contrario («widerspricht») a la norma, tiene un valor negativo» (*op. cit.*, pág. 17).

¿Qué significa esto exactamente? Kelsen admite ahora que no es del todo correcto decir: un «Sein» corresponde a un «Sollen». Kelsen enseña que la base para la comparación que hace posible una conexión entre la proposición de que «algo es» y de que «algo debería ser», reside en el «algo» que, como sujeto del predicado «es» o «debería ser», no ha de identificarse con éste (con el predicado). «En las dos proposiciones, 'la puerta *está siendo* cerrada' y 'la puerta *debería ser* cerrada', el 'cerrar la puerta' se expresa una vez como siendo («seiend») y la otra como debiendo ser («gesollt»). El comportamiento como ser («seiendes Verhalten») y el comportamiento como deber ser («gesolltes Verhalten») no son idénticos; se parecen excepto en el *modus*, en que el uno es, mientras que el otro debería ser» (*op. cit.*, pág. 6; *vid.* también la nota en la pág. 19). Más adelante Kelsen llama el *substrato modalmente indiferente* a este «algo» que funciona como denominador común de «Sein» y «Sollen» (Osterr. Z. f. öff. R. 1965, pág. 357). En su obra póstuma *Allgemeine Theorie der Normen* (1979), dedica incluso un capítulo entero a este tema (*op. cit.*, págs. 46-47, y también 134, 147, 155, 162, 167, 174). Concluye: «Ese 'algo' es como *debería ser*; que el 'Sein' corresponde («entspricht») a un 'Sollen' significa que el contenido de un 'Sein' es idéntico al contenido de un 'Sollen'. *El substrato modalmente indiferente es el mismo en ambos casos*» (*op. cit.*, pág. 46).

Pero, ¿es ésta una solución verdadera a la antinomia mencionada

por Alf Ross, que el mismo Kant conocía cuando admitió que una respuesta a la pregunta de cómo se conectan entre sí la ley moral de la libertad y el derecho natural de la causalidad, trasciende cualquier posibilidad de razonamiento (Kr. d. R. V. B. 584, 585)? En mi opinión esta solución es insostenible, porque dentro del dualismo kantiano de «Sein» y «Sollen» no cabe semejante substrato modalmente indiferente. La *palabra* «algo» es la misma en ambas proposiciones de «algo es» y «algo debería ser», pero las esferas de «Sein» y «Sollen» indicadas por esta palabra son completamente diferentes y no caben bajo un denominador común. Engloban los dos modos posibles de nuestro conocimiento. Una tercera esfera común a ambos presupondría un nuevo *modus* de conocimiento que funcionase como una unidad genética más elevada de «Sein» y «Sollen». Esto, sin embargo, es imposible desde el punto de vista del dualismo kantiano, ya que los únicos modos más elevados y trascendentales posibles de entender «Sein» y «Sollen» son irreducibles a una unidad más elevada y excluyen una tercera posibilidad.

12. CÓMO SE PUEDE SUPERAR EL DUALISMO KANTIANO DE «SEIN» Y «SOLLEN»

Desde mi punto de vista, las antinomias a las que el dualismo de «Sein» y «Sollen» nos llevan en la teoría jurídica, sólo se pueden evitar mediante el reconocimiento de una *vertiente factual* dentro del *modus normativo* trascendental del aspecto jurídico. Ya hemos visto que el fundamento trascendental de cualquier orden jurídico no ha de buscarse en una forma lógica de conocimiento («Zurechnung») ni en la proposición hipotética, teóricamente construida, de la «Grundnorm», sino en un principio intrínsecamente jurídico no lógico como *modo de ser jurídico-trascendental*. Dentro de esta estructura modal trascendental del aspecto jurídico (que no es el resultado de un proceso de pensamiento, sino una parte integral de nuestra realidad temporal), podemos distinguir entre una *vertiente normativa*, donde funcionan las normas jurídicas, y una *vertiente factual* sujeta a la vertiente normativa, donde los sujetos concretos y los hechos de la sociedad humana según su aspecto legal, tiene una cualificación jurídica en cuanto son regulados y valorados por las normas jurídicas. En otras palabras: los sujetos jurídicos (seres humanos concretos y organizaciones sociales según su aspecto jurídico) no pueden ser explicados como sistemas parciales de normas jurídicas. Como portadores subjetivos de derechos y deberes jurídicos, funcionan en la vertiente factual del aspecto jurídico normativo. Además, el comportamiento humano no

puede ser reducido a los hechos de la naturaleza («Seinstatsache») porque dicho comportamiento muestra no sólo los aspectos a-normativos de la naturaleza, sino también los aspectos normativos, que son característicos de la sociedad humana (Cfr. mi trabajo *Sein und Sollen Erfahrungsbereich des Rechts*, ARSP. Beiheft, N. F. 6, 1970, pág. 155 ss.).

Dentro del *modus* trascendental normativo del aspecto jurídico, la vertiente normativa y la vertiente factual son correlativas. La una presupone la otra y no puede funcionar ninguna de las dos sin la otra. La reducción de Kelsen de la vertiente factual del aspecto jurídico a las normas jurídicas o a los hechos a-normativos de la naturaleza modifica la estructura trascendental del *modus* jurídico y lleva a las antinomias del dualismo kantiano de «Sein» y «Sollen» que acabamos de comentar. La solución que da Alf Ross para estas antinomias se centra en la eliminación radical del irreducible, *modus* de derecho, trascendental y *normativo* (de acuerdo con sus vertientes normativa y factual) y su reducción a los hechos psíquicos a-normativos de actitudes de comportamiento «interesadas» y «desinteresadas», un planteamiento «realista» al cual Kelsen se oponía con vehemencia (*Reine Rechtslehre*, 1960, pág. 215 ss.).

13. LA SEPARACIÓN DE NORMAS JURÍDICAS Y LOS PRINCIPIOS LÓGICOS DE NO CONTRADICCIÓN Y CONCLUSIÓN EN EL PENSAMIENTO TARDÍO DE KELSEN

Hemos visto cómo el reconocimiento creciente de Kelsen de la diferencia estructural entre las normas jurídicas y los principios lógicos le llevó al abandono de su concepción previa de la norma jurídica como proposición hipotética («Rechtssatz») y a la debilitación de su teoría de la «Grundnorm» como hipótesis lógico-trascendental de la unidad y validez de cualquier orden jurídico.

Quiero ahora comentar la elaboración peculiar que ha dado Kelsen a su distinción entre las normas jurídicas y los principios lógicos. Esto es, su negación de una conexión estructural entre los dos que aparece en su obra póstuma *Allgemeine Theorie der Normen* (1979). No hace falta decir que en su concepción anterior de la norma jurídica como proposición hipotética («Rechtssatz»), no ofrecía dificultad alguna la aplicación de principios lógicos a las normas jurídicas. Pero cuando Kelsen distingue, en su *Reine Rechtslehre* de 1960, entre la norma jurídica prescriptiva (que llega a ser por un acto de la voluntad de un órgano jurídico competente y que tiene validez jurídica) y la proposición teórica descriptiva (que se produce por la teoría jurídica y es verdadera o falsa), esta aplicación llega a ser problemática. Aunque Kelsen

mantiene en su obra la unidad *lógica* del sistema jurídico (*op. cit.*, pág. 209 ss.), ahora afirma que los principios lógicos (especialmente aquellos de no contradicción y las reglas de la deducción lógica) no pueden ser aplicados a las normas jurídicas directamente, sino sólo indirectamente, porque son aplicables a las proposiciones teóricas («Rechtssätze») que dan forma a las normas jurídicas. Dos normas jurídicas son contradictorias y no pueden por tanto mantenerse como válidas al mismo tiempo si son contradictorias dos proposiciones jurídicas descriptivas (*op. cit.*, pág. 77).

En su *Allgemeine Theorie*, Kelsen ha abandonado este planteamiento. Ahora niega radicalmente cualquier conexión entre las normas jurídicas y los principios lógicos de contradicción y deducción (*op. cit.*, pág. 150 ss.). Dice Kelsen que ambos principios son aplicables a la teoría —esto es, al conocimiento— pero no a su temática («Gegenstand»). Igual que en el dominio de la naturaleza no hay contradicción, y la existencia de un hecho de la realidad («Tatsache der Wirklichkeit») no procede lógicamente de la existencia de otro hecho, no hay ninguna contradicción lógica entre dos normas y la validez de una norma no procede lógicamente de la validez de otra norma (*op. cit.*, págs. 154 y 186). Los principios lógicos sólo son aplicables a las proposiciones teóricas («Aussagen») que describen las normas y que tienen la propiedad de ser verdaderas o falsas. Jamás pueden ser aplicables ni directa ni indirectamente a las normas que tienen validez como su modo de *existencia* (*op. cit.*, págs. 160-161). Dos normas conflictivas pueden poseer validez. Entonces resulta imposible una contradicción jurídica. Esto significa que las proposiciones que describen estas normas en conflicto tampoco son contradictorias (*op. cit.*, págs. 171-172). Una norma individual no está implícita lógicamente en una norma general, ni puede ser nunca deducida lógicamente de ésta, porque la validez de la norma individual presupone el acto de voluntad de un órgano competente (*op. cit.*, págs. 187 y 190 ss.).

14. CRÍTICA DE LA SEPARACIÓN RADICAL ENTRE LAS NORMAS JURÍDICAS Y LOS PRINCIPIOS LÓGICOS

¿Qué habríamos de decir acerca de esta separación radical entre las normas (jurídicas) y los principios lógicos?

La verdad en esta concepción reside en el hecho de que las normas jurídicas, como contenido de significado normativo de los actos de la voluntad de órganos jurídicos, tienen un modo de ser trascendental propio que se deduce de la aplicación de los principios lógicos que poseen su propia estructura modal trascendental.

Kelsen ha afirmado con certeza que las normas jurídicas no han de confundirse con el acto jurídico de la voluntad como forma genética (fuente jurídica) de las normas. Esta confusión constituía el fallo de la teoría de los imperativos del siglo pasado, que además identificaba la voluntad jurídica con la voluntad en el sentido psicológico de la palabra. Pero en contra de Kelsen hemos de afirmar que leyes, decisiones jurídicas, cartas constitucionales, contratos, etc., concretos no sólo funcionan como las fuentes jurídicas de las normas jurídicas, sino además que su aspecto jurídico tiene otros modos de ser en nuestro mundo social concreto. Una ley concreta no sólo funciona en el aspecto jurídico como fuente de derecho, sino que también tiene un aspecto simbólico (es una proposición sintáctica típica), un aspecto estético (von Jhering hablaba de la ley de la belleza jurídica del derecho positivo —«das Gesetz der juristischen Schönheit»), un aspecto histórico (la construcción técnica sistemática de leyes, hoy en día es característico para Estados de Derecho modernos altamente desarrollados), y también un aspecto *lógico*. La formulación de dos leyes puede ser contradictoria lógicamente —cuando, por ejemplo, una ley en el código penal prescribe el encarcelamiento para cierto crimen y otra ley impone una multa para el mismo crimen en circunstancias idénticas. Ya que las leyes están en contradicción, el tribunal no puede aplicarlas al mismo tiempo. Kelsen tiene razón cuando dice que en un modo puramente lógico la nulidad jurídica de una de las normas nunca puede establecerse. Esta nulidad sólo puede obtenerse en el proceso de producción jurídica por órganos legales competentes. La doctrina de Kelsen, en su *Reine Rechtslehre* de 1934, acerca de la nulidad de una norma jurídica en el sentido de su negación como norma válida en la teoría jurídica (*op. cit.*, pág. 89), se basa —como ya hemos dicho— en la superación logicista de los límites internos entre los principios lógicos y las normas jurídicas. Este enfoque debería de hecho ser abandonado.

Las normas jurídicas llegan a ser y pierden su validez en el proceso de producción jurídica por parte de órganos competentes, el cual es un proceso de una *voluntad jurídica* que ordena («Willensakt»). Pero esta voluntad jurídica como aspecto del acto concreto de legislar, juzgar, etc., no puede ser abstraída y aislada de los demás aspectos en los que funciona el acto concreto, uno de los cuales es el aspecto *lógico*. Por consiguiente, la separación estricta de Kelsen entre el acto jurídico de la voluntad y el acto lógico del pensamiento no es correcta. Una ley concreta funciona, en la esfera jurídica, como acto jurídico de la voluntad (fuente de derecho), pero en el aspecto lógico funciona como proposición lógica sujeta a principios lógicos (de no contradicción y deducción).

15. LAS CONCESIONES DE Kelsen CON RESPECTO A VARIOS PUNTOS DEL PAPEL DE LOS PRINCIPIOS LÓGICOS EN EL PROCESO DE PRODUCCIÓN JURÍDICA. LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO Y LOS PRINCIPIOS LÓGICOS

Kelsen, aún con todo, ha admitido con respecto a algunos puntos el papel de los principios lógicos en el proceso concreto de producción y aplicación jurídica. En su *Allgemeine Theorie* escribe: «pero esto significa que yo no puedo desear algo contradictorio («Entgegengesetztes») en uno y el mismo acto de desear («in denselben Willensakt»)» (*op. cit.*, pág. 71). En las páginas 201 y 202 acepta la posibilidad de una deducción lógica entre dos normas generales de generalidad distinta («von unterschiedlicher Allgemeinheit») en la cual la una esté implicada («impliziert») en la otra. Dice: «La norma, que es presentada como una conclusión («Schlussfolgerung»), ya posee validez si la norma presentada como premisa («Obersatz») es válida; estando la primera implícita en la última» (*op. cit.*, pág. 202). Esta conclusión no lleva, dice Kelsen, a la validez de una nueva norma. En las páginas 213 y 214 escribe: «En cuanto que la subsunción (la correspondencia —«die Entsprechung»— de los conceptos en las formulaciones normativas) es un proceso lógico de pensar..., en el que es aplicable la lógica a la relación entre normas». Pero —subraya Kelsen— esta relación no es ninguna deducción, sino que sigue siendo una relación lógica (*op. cit.*, pág. 214). Finalmente, admite que la relación entre la condición y la consecuencia («Bedingung und Folge») de normas hipotéticas puede ser concebida como una relación lógica, por lo que se refiere a su formulación en un «Satz».

Kelsen resume los resultados de su investigación de la siguiente manera: «El resultado del análisis precedente es que, de hecho, el principio de no contradicción y la regla de la conclusión en un silogismo normativo, no son aplicables a la relación entre las normas, sino que son aplicables a esta relación otros principios de lógica, en lo que atañe a la subsunción de lo particular a lo general, la correspondencia de un acto, el sentido de cual es una norma en relación con una norma que autoriza este acto, o a la relación entre condición y consecuencia» (*op. cit.*, pág. 216).

Estas referencias demuestran, pienso, que Kelsen se sintió obligado a admitir algunas modificaciones a su separación radical entre las normas jurídicas y los principios lógicos.

Las normas jurídicas y los principios lógicos, de hecho, pertenecen a dos modos trascendentales de ser en nuestra realidad temporal que son distintos. No están, con todo, aislados el uno con respecto al otro. Muestran una estructura coherente a pesar de sus diferencias trascen-

dentales internas. Va más allá del alcance de este estudio exponer sistemáticamente la relación recíproca entre las normas jurídicas y los principios lógicos. Baste decir que cualquier orden jurídico presupone la observancia de principios lógicos en lo legislativo, lo judicial, etc. Pero los principios lógicos no son una razón suficiente (*conditio per quam*) para la validez de las normas jurídicas. Sólo son una condición necesaria (*conditio sine qua non*), en cuanto que las leyes, las decisiones judiciales, etc., que son contrarias a los principios lógicos no pueden funcionar sin más como normas jurídicas válidas, sino que plantean a los órganos jurídicos problemas que éstos tienen que resolver en el proceso de producción jurídica (actos jurídicos de la voluntad) de acuerdo con principios jurídico-materiales.

16. CONCLUSIÓN

El desarrollo del concepto de la norma jurídica en Kelsen se caracteriza por su profundización creciente en torno a la diferencia estructural entre los principios lógicos y las normas jurídicas. Rechaza su concepto logicista inicial de la norma jurídica como «Rechtssatz» (*Hauptprobleme*) y claramente distingue, más adelante, entre las normas jurídicas producidas y aplicadas por órganos jurídicos competentes y proposiciones hipotéticas y teóricas («Rechtssätze») formuladas en la teoría jurídica (*Reine Rechtslehre* de 1960). En su última fase (*Allgemeine Theorie*), Kelsen rompe incluso la coherencia estructural de las normas jurídicas y de los principios lógicos (de no contradicción y conclusión). Este avance necesariamente ha de llevar al abandono del punto de partida neokantiano de Kelsen de la forma de conocimiento lógico-trascendental («Zurechnung», «Sollen») y de la doctrina paralela de la «Grundnorm», así como al rechazo del dualismo estricto de «Sein» y «Sollen». Esto abre el camino para la aceptación de una estructura trascendental *no lógica* del aspecto jurídico con sus vertientes factual y normativa correlativas.

Puesto que esta estructura trascendental no lógica del aspecto jurídico no contiene solamente el elemento de la producción jurídica por parte de órganos jurídicos, sino también *principios jurídico-materiales* que en el proceso de producción jurídica llegan a ser normas jurídicas válidas, también se abre el paso para la superación del positivismo jurídico de Kelsen, aún sin llegar a un iusnaturalismo metafísico.