

# REFLEXIONES EN TORNO A LA LOGICA KELSENIANA\*

A estas alturas de la filosofía del derecho resulta al menos enternecedor releer al viejo maestro y encontrarlo enredándose en disquisiciones relativas a la naturaleza de la norma jurídica. Haber destruido el mito que identificaba derecho con ley positiva fué, sin duda, una gran revolución en la historia del pensamiento jurídico. Pero Kelsen sintió de inmediato la necesidad de apuntalar el andamiaje formalista con una noción sustituta, para evitar la tentación del salto al vacío. Así construyó su noción de norma jurídica.

Este nuevo concepto debía ser definido con precisión. La ley, en cuanto enunciado, podía ser señalado con el dedo diciéndose: "Ahí está" (después vendría la lingüística moderna a complicar las cosas y a decirnos que la cuestión no era tan fácil como creía el realismo ingenuo, pero en la época de Napoleón y su código, eso bastaba). La "norma jurídica", en cambio, resultaba más imprecisa y corría el riesgo de convertirse en una hipótesis "ad hoc", como esa misteriosa substancia que los científicos anteriores a Lavoisier denominaban "flogisto" y que, por su desaparición durante la combustión, explicaba la pérdida de peso de los materiales que intervenían en la misma. Tendría igual suerte la norma Kelseniana?

Si la norma no era un objeto empírico, debía decidirse si se trataba de un objeto metafísico, psicológico o lógi-

EDUARDO ANGEL RUSSO Prof. da Universidade de  
Buenos Aires.

\* Resumo de comunicação apresentada no Seminário sobre Teoria Geral das Normas, realizado na UFSC, em novembro de 1987.

co. La primera hipótesis aparecía erradica de plano desde el momento en que Kelsen había jurado lealtad a las banderas del positivismo. Elegir entre la segunda y la tercera era una cuestión más difícil. Para poder decidirse por la alternativa lógica, Kelsen intentó una y otra vez "despsicologizar" a la norma jurídica, preocupación que lo acompañó hasta sus últimos trabajos.

Por qué ese temor de "contaminar" la teoría pura? Era una cuestión de amor propio? No. El problema era crucial. Kelsen había comenzado un camino sin retorno por el filo de una cornisa, a cuyos costados se abrían los insondables precipicios de la subjetividad.

Para comprender mejor esta problemática, repasemos brevemente el esquema sassuriano de la relación comunicacional. Según sabemos, cuando un sujeto emisor se comunica con un sujeto receptor, se desarrolla un complejo proceso que comienza con una idea - que denominaremos I' que aquél codifica en un cierto lenguaje. Expresado el mensaje a través de un canal, al ser recepcionado por el receptor, este lo decodifica y obtiene (si es que obtiene) una idea - que llamaremos I" -. Si existe identidad entre ambas ideas (I' = I") diremos que se ha producido la comunicación. Si no, que ha existido algún bloqueo en algún tramo del proceso. Este esquema elemental puede ser trasladado, también elementalmente, al campo del derecho. En tal caso podemos pensar al sujeto emisor co-mo a un legislador, al sujeto receptor como al destinatario del derecho, y al mensaje como a la ley. En este esquema resulta fuerte la tentación de identificar la idea comunicable con la norma. Pero esto presenta algunos problemas.

a) En la hipótesis de igualdad (I'=I"), que podríamos considerar de "intersubjetividad", el problema de determinar un significado "objetivo" de la ley, si bien no desaparece, se atempera. En efecto, desde un punto de vista pragmático que más da que un significado aceptado por mandante y mandado no sea el "verdadero"? Sin embargo, esto no puede tranquilizar a Kelsen. El concepto de norma jurídica no puede quedar, en el marco de la teoría pura, supeditado a un acuerdo fáctico. Hay demasiado "realismo" en esta alternativa, para el gusto del maestro vienés.

b) Que ocurriría en caso de desacuerdo (I'≠ I")? Si potenciamos la "voluntad" del legislador (I') caemos en abismos insondables, tales como los que podemos representar pensando en un legislador muerto o en un legislador colectivo y las dificultades de descubrimiento de la real voluntad del legislador ausente o de la univocidad de ideas de un cuerpo colectivo.

c) A la inversa, potenciar al sujeto receptor (I'') trae iguales o peores problemas, como el caso de la ignorancia de derecho que debería admitirse, y la existencia de tantas normas como sujetos receptores haya, lo que eliminaría toda pretensión seria de estudiarla.

d) Otra posibilidad sería introducir un tercer sujeto como "interprete oficial" (juez o doctrinario). Pero éste tendría su propia idea (I'''), la cual, independientemente de su mayor o menor coincidencia con las anteriores, lo convertiría en un nuevo legislador que desplazaría al legislador originario.

Todas estas articulaciones podrían reducirse a un aforismo: para una concepción psicologista, quién interpreta, legisla.

Kelsen, como sabemos, aboga por una concepción objetiva de norma jurídica, y no meramente por una variante intersubjetiva. La norma jurídica deviene así en una I'' separada de cualquier mente humana, una noción descarnada, válida dentro del marco de una teoría formal no descriptiva: la norma jurídica como juicio lógico.

La objetividad resulta tan segura como la de " $2 + 3 = 5$ ", y, al mismo tiempo, tan irreal. Ahora bien, como podremos caracterizar esta lógica kelseniana? En primer lugar, el propio Kelsen niega, terminantemente, la posibilidad de una lógica jurídica material, y dice que la suya se inscribe en una lógica formal general, que tendría aplicación - según sus palabras tanto para las proposiciones descriptivas de la ciencia del derecho, cuanto a las normas prescriptivas del Derecho mismo.

Sin embargo, no puede desconocerse que las estructuras están para ser llenadas, para ser soportes de contenidos que pueden ser ideológicos, sociales, económicos. Por qué, entonces, ese empeñamiento en dejar afuera del campo jurídico a la política, a la sociología, a la economía, etc. Por qué no podría complementarse el análisis lógico formal en una investigación interdisciplinaria?

El análisis matemático puede servir lo mismo para el estudio de los protones como para los términos del intercambio comercial, sin que por ello se alteren las "verdades" matemáticas. Ocurre lo mismo con la teoría pura? Los conceptos kelsenianos permanecerían inmutables ante cualquier contenido de la norma? Por ejemplo: la noción de "validez" es realmente indiferente al régimen al cual se le aplica? Como deslindar el concepto de "sanción" de otros tales como nulidades, medidas de seguridad, restricciones administrativas, represalias, etc.?

Adelantamos una respuesta negativa a los precedentes interrogantes. La pretendida universalidad de la teoría pura no puede soportar el embate de contenidos ideológicos, cualesquiera que estos sean. La lógica formal kelseniana no es lo suficientemente formal, toda vez que sus conceptos tienen una importante carga intencional. Es, en realidad, una lógica formal en el sentido escolástico, y no en el del siglo XX. Una lógica de "se-gundas intenciones" (las primeras intenciones serían los conceptos formados directamente a partir de los objetos). Adviértase, a simple vista, la diferencia entre una estructura del tipo "Hecho ilícito sanción" de otra (a la manera de Ross) de "Hecho condicionante consecuencia jurídica" y se percibirá la carga intencional de la primera.

En una lógica intencional los conceptos quedan ligados a un cierto campo de objetos, del cual surgieron inductivamente hasta lograr un alto grado de abstracción. En la lógica formal moderna, en cambio, los conceptos no existen, sólo las relaciones entre variables.

Para decirlo con un ejemplo: si la estructura lógica es como los estantes de una biblioteca sin libros, en la lógica intencional los anaqueles tienen colocados rótulos: "historia", "geografía", "política", etc., mientras que en una estructura lógica realmente formalizada no existen tales cartelitos. En esta última podremos colocar los libros en cualquier parte, y sólo sabremos que entrarán cierta cantidad de libros, que unos estarán más arriba que otros, y cosas por el estilo. En la primera, en cambio, tendremos que colocar los libros de historia en el lugar correspondiente, los de geografía en otros, y así sucesivamente. Pero, ¿qué pasará cuando encontremos un libro de, v.gr. geografía económica? ¿lo pondremos en el estante de geografía o en el de economía? Y uno de historia ficción, ¿com la que escribiera Wells? ¿Estará bien colocado junto con los otros libros de historia que se suponen verdaderos?

Como vemos, los conceptos de una lógica intencional la limitan de tal modo, que la introducción de conceptos concretos (primeras intenciones) puede llegar a distorniar la propia estructura lógica.

La teoría pura debía permanecer pura no por un capricho del autor, sino como una necesidad de supervivencia. Kelsen no la diseñó para ser utilizada con cualquier contenido, sino sólo con los que él delimitó a priori.

Al fin y al cabo, Kelsen no era un lógico sino un jurista.